This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

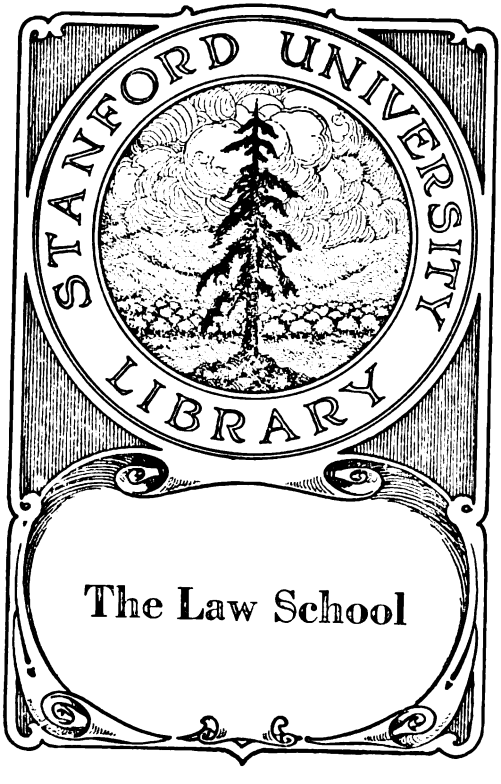
+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

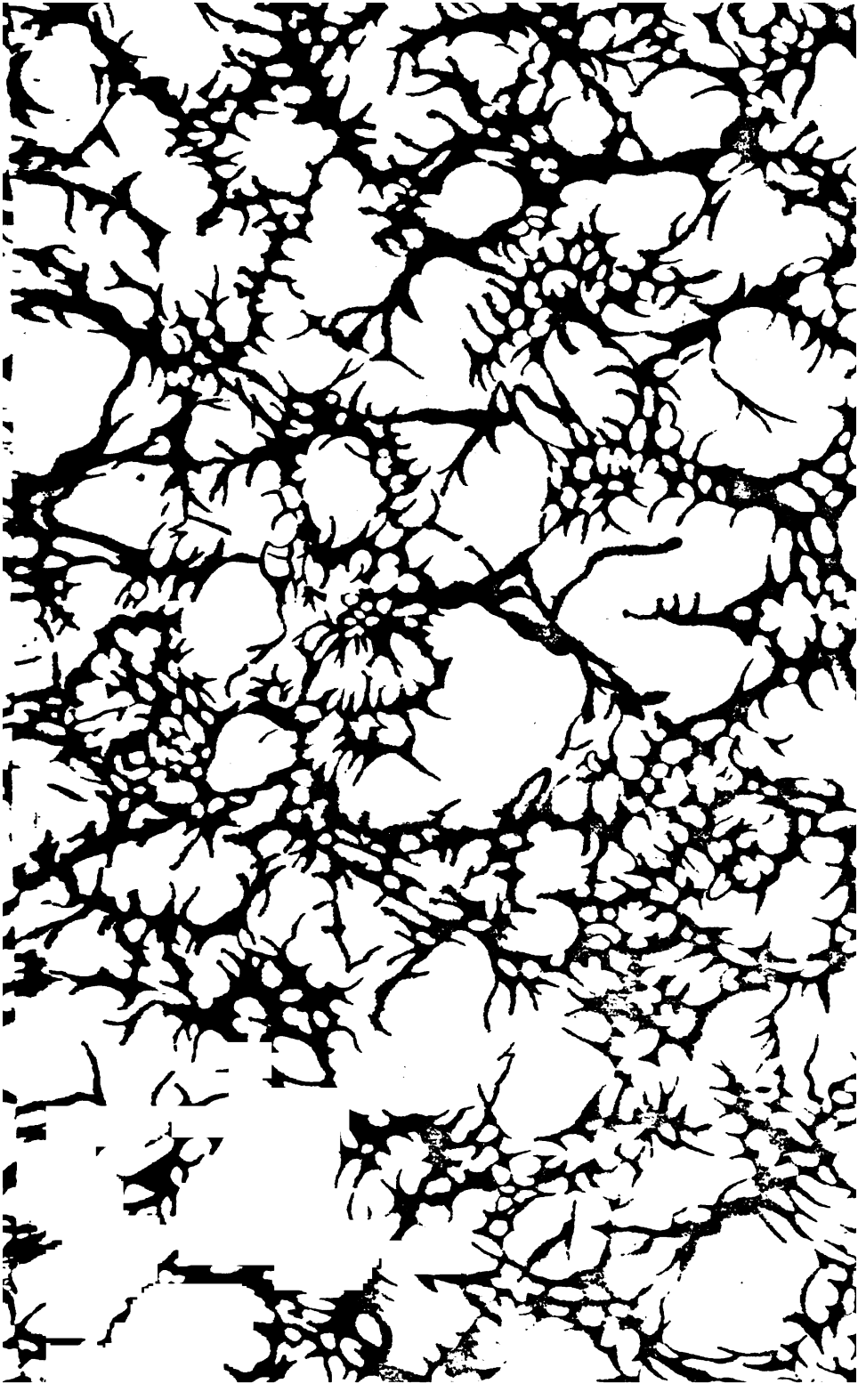
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`



The Law School



JTI
LBE
LPt

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE DROIT CIVIL

XXIV

DES CONTRATS ALÉATOIRES

DU MANDAT, DU CAUTIONNEMENT

DE LA TRANSACTION

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT CIVIL

DES CONTRATS ALÉATOIRES
DU MANDAT, DU CAUTIONNEMENT
DE LA TRANSACTION

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE
DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ALBERT WAHL
DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE LILLE

TROISIÈME ÉDITION
Revue et mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence

---

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL
22, Rue Soufflot, PARIS, 5e Arrt
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1907

L 3338
FEB 20 1931

DES CONTRATS ALÉATOIRES
DU MANDAT, DU CAUTIONNEMENT
DE LA TRANSACTION

(Livre III, titres XIII, XII, XIV, XV du Code civil).

DES CONTRATS ALÉATOIRES

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

1. Aux termes de l'article 1964 : « *Le contrat aléatoire* « *est une convention réciproque dont les effets, quant aux* « *avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit* « *pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événe-* « *nement incertain. — Tels sont — Le contrat d'assurance,* « *— Le prêt à grosse aventure, — Le jeu et le pari, — Le* « *contrat de rente viagère. — Les deux premiers sont régis* « *par les lois maritimes.* »

L'article 1104 donne des contrats aléatoires une définition qui diffère de celle de l'article 1964. D'après l'article 1104, pour qu'un contrat soit aléatoire, il est nécessaire que les avantages et les pertes dépendent, *pour chacune des parties*, d'un événement incertain.

La question de savoir quelle est, de ces définitions, la plus exacte est discutée, et elle trouve plus naturellement sa place sous l'article 1104, au titre des *contrats*. A notre avis, la définition de l'article 1104 est seule conforme à la réalité

des choses; car, par cela même que l'une des parties a chance de perdre et de gagner, il en est de même de l'autre (1).

2. Le mot *réciproque*, que contient l'article 1964, n'a pas de sens (2), car toutes les conventions, même unilatérales, exigent le consentement de toutes les parties contractantes et sont ainsi réciproques. Cependant certains auteurs pensent que la loi a voulu indiquer par là le caractère onéreux de la convention (3).

3. L'intérêt de la distinction entre les contrats commutatif et aléatoire est que le contrat commutatif, quand il est un partage ou une vente, est rescindable pour cause de lésion, tandis que le contrat aléatoire n'est jamais rescindable pour cette cause, quelque avantage qu'il ait procuré à l'une des parties (4) ; la raison en est, comme le disait Pothier (5), que ces avantages sont le prix du risque qu'elle court.

D'autre part, la limitation du taux de l'intérêt, en matière de prêt, ne s'applique pas au prêt aléatoire (6).

4. Il importe de distinguer du contrat aléatoire le contrat conditionnel, où se trouve également envisagé un événement incertain. Mais c'est, dans le contrat conditionnel, l'existence de la convention qui est subordonnée à l'événement de cette condition, tandis que, dans le contrat aléatoire, cet événement n'influe pas sur le contrat, lequel est définitivement passé, mais sur le montant de la perte ou du gain fait par les parties (7).

(1) Demolombe, XXIV, n. 27 ; Aubry et Rau, IV, p. 286, § 341, note 4 ; Laurent, XXVII, n. 192 ; Guillouard, *Des contr. aléat.*, n. 6 ; Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1104, n. 5 ; Bufnoir, *Propr. et contrat*, p. 459. — *Contra* Duranton, XVIII, n. 95 ; Marcadé, sur l'art. 1104, n. 1 ; Troplong, *Tr. des contr. aléat.*, n. 8 ; Larombière, *Th. et prat. des oblig.*, art. 1104, n. 4 ; Massé et Vergé, III, p. 550, § 611, note 3 ; Pont, *Tr. des petits contr.*, I, n. 576. — V. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Tr. des oblig.*, I, n. 18.

(2) Guillouard, n. 8.

(3) Pont, *Tr. des petits contrats*, I, n. 574.

(4) Pothier, *Du contr. d'assurance*, n. 1 ; Guillouard, n. 7. — V. notre *Tr. des succ.*, 3e éd., n. 3479 s.

(5) *Loc. cit.*

(6) V. notre *Traité du prêt*, 2e éd., n. 831 s.

(7) Guillouard, n. 9. — M. Guillouard, *loc. cit.*, cite la vente des droits successifs comme un cas de contrat aléatoire si elle est faite avec la clause que le

D'un autre côté, la condition est nécessairement un événement futur ; au contraire, comme le montrent certains des exemples que nous citerons, l'événement qui rend un contrat aléatoire peut être actuel ([1]), pourvu que, comme nous le montrerons également, il soit inconnu des deux parties.

5. Le terme ne rend pas un contrat aléatoire et le marché à terme, c'est-à-dire celui dont l'exécution est retardée, n'est pas aléatoire ([2]).

6. La vente est un contrat aléatoire lorsqu'elle porte sur des choses dont la valeur est incertaine, par exemple sur le coup de filet d'un pêcheur *(jactus retis)* ([3]), sur des profits à espérer ([4]), des fruits à naître ([5]), des droits d'hérédité ([6]).

La cession de droits successifs sans garantie de l'existence des droits est un contrat aléatoire ([7]) ; il en est de même si elle est faite sans garantie du montant des droits ([8]).

La vente d'une nue propriété ([9]) ou d'un usufruit ([10]) est également un contrat aléatoire.

Il en est de même de la vente de droits litigieux ([11]).

7. Le prêt peut être aléatoire; il en est ainsi notamment, comme le remarque l'article 1964, du prêt à la grosse ([12]).

8. On décide qu'il y a contrat aléatoire dans la convention par laquelle plusieurs propriétaires indivis ou associés con-

prix sera payé même si le cédant n'a aucun droit dans la succession, et comme un cas de contrat conditionnel, si le cédant garantit l'existence de ses droits. A notre avis il n'y a pas dans ce dernier cas de contrat conditionnel ; le vendeur et le bailleur garantissent toujours le droit vendu, et cependant on ne dit pas que la vente ou le bail soient des contrats conditionnels.

([1]) Cass., 19 avril 1882, S., 82. 1. 368, D., 83. 1. 77. — Guillouard, n. 12.

([2]) V. cep. Guillouard, n. 92.

([3]) Guillouard, n. 4 et 12.

([4]) Larombière, art. 1102-1106, n. 4.

([5]) Larombière, *loc. cit.*

([6]) Larombière, *loc. cit.*

([7]) Guillouard, n. 9 et 11.

([8]) V. cep. Guillouard, n. 11.

([9]) Discours du tribun Duveyrier au Corps législatif, Fenet, XIV, p. 556 ; Guillouard, n. 11.

([10]) Guillouard, n. 11.

([11]) Discours précité de Duveyrier ; Guillouard, n. 11.

([12]) V. notre *Tr. de la société, du prêt, du dépôt*, 2e éd., n. 831 s.

viennent que les immeubles communs appartiendront pour la totalité au survivant d'entre eux [1].

Il est cependant à remarquer que cette convention peut constituer une donation si une pensée libérale y préside.

9. L'acte par lequel deux personnes, qui prétendent toutes deux droit à la même chose, par exemple à la même succession, conviennent que celle d'entre elles qui recueillera effectivement la chose ou la succession payera une certaine somme à l'autre est un contrat aléatoire [2].

10. Le contrat cesse d'être aléatoire si, l'événement étant présenté comme incertain, l'une des parties le connaît ; et alors le contrat est nul, pour absence de consentement de l'autre partie.

Ainsi en est-il si les parties ont convenu que celle d'entre elles qui aurait droit à la succession revendiquée par toutes deux payerait une somme d'argent à l'autre, alors que cette dernière connaissait la certitude des droits de la première [3].

11. Des observations qui précèdent, il résulte que les contrats aléatoires sont innombrables, et que les parties peuvent à leur gré en créer de nouveaux ; du reste, l'énumération de l'article 1964 ne se donne pas comme limitative.

Des quatre contrats que cite ce texte, il en est un, le prêt à la grosse, qui est réglé par le code de commerce (art. 311 s.) et dont nous n'avons pas à nous occuper ici.

Nous n'étudierons pas davantage le contrat d'assurance ; à la vérité, celle des assurances à laquelle a songé l'article 1964, en renvoyant aux lois maritimes, — c'est l'assurance maritime, que règlent les articles 332 et suivants du Code de commerce, — n'est pas, comme paraît l'indiquer l'article 1964, la seule assurance. Mais les autres assurances sont régies par des lois spéciales et sont généralement examinées dans les commentaires du Code de commerce. On

(1) Cass., 10 août 1836, S., 36. 1. 669. — Guillouard, n. 12.

(2) Cass., 19 avril 1832, S., 82. 1. 368, D., 83. 1. 77. — Bordeaux, 4 fév. 1833, S., 34. 2. 24. — Guillouard, n. 12.

(3) Agen, 8 fév. 1869, S., 69. 2. 34. — Guillouard, n. 12.

peut cependant rattacher l'assurance sur la vie à l'étude des obligations [1], et l'assurance contre les accidents à celle des relations entre patrons et ouvriers [2].

En somme, nous ne traiterons ici que du jeu et du pari, et de la rente viagère.

CHAPITRE II

DU JEU ET DU PARI

SECTION PREMIÈRE

DIFFÉRENCES ENTRE LE JEU ET LE PARI. — ACTES QUI CONSTITUENT DES JEUX OU PARIS

12. Le *jeu* est une convention par laquelle chaque joueur, pour le cas où il perdrait, s'oblige à payer au gagnant une certaine somme d'argent ou toute autre chose, qui forme ce que l'on appelle l'*enjeu* de la partie [3].

Le *pari* est une convention intervenue entre deux personnes qui sont en désaccord sur un sujet quelconque, et par lequel chacun des parieurs s'oblige, pour le cas où son opinion serait reconnue mal fondée, de payer à l'autre une certaine somme ou un objet déterminé.

Ce que le jeu et le pari ont de commun et ce qui les distingue des autres contrats, c'est que l'obligation de l'une des parties est subordonnée à un événement déterminé et l'obligation de l'autre partie à la non arrivée de cet événement. En d'autres termes, les deux conventions sont synallagmatiques dans leur stipulation [4] et unilatérales dans leur exécution [5].

(1) V. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Tr. des oblig.*, I, n. 197 s.

(2) V. notre *Tr. du contrat de louage*, 3e éd., II, n. 2695 s.

(3) On a voulu refuser au jeu le caractère de contrat. Janoly, *Du jeu et du pari*, p. 23 s. — C'est une erreur. Frèrejouan du Saint, *Jeu et pari*, n. 17.

(4) Frèrejouan du Saint, n. 17.

(5) V. en ce sens sur les deux points, Bruck, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Spiel* ; Von d. Pfordten, *Civil. Abhandlungen* (1840), p. 327.

Mais c'est à tort qu'on a vu dans le jeu et le pari un même contrat (1).

D'après certains auteurs, le jeu se référerait à un événement futur, le pari à un événement passé (2).

D'autres auteurs cherchent la distinction dans les motifs auxquels ont obéi les parties : si elles ont spéculé, il y a jeu ; si elles ont voulu avant tout éclaircir un doute, il y a pari (3). Cela n'est évidemment pas exact.

La distinction entre le pari et tout autre contrat a été placée par certains auteurs dans l'idée que le pari suppose nécessairement « la chance réciproque de gain ou de perte » (4). C'est une erreur, car c'est le caractère distinctif de tous les contrats aléatoires (5).

D'autres encore (6) ont pensé que l'intention des parties seule sert à distinguer le pari des autres contrats aléatoires : il s'agit de savoir si les parties ont entendu assurer seulement un gain à celui qui triompherait, ou si elles ont conclu sérieusement un contrat.

Cette distinction nous paraît être la reproduction de la précédente : car tous les contrats aléatoires ont pour but de procurer un gain à celui qui triomphe.

Enfin il est des auteurs qui pensent que le pari existe toutes les fois que la convention est entièrement subordonnée à un événement incertain et dans ce cas seulement (7).

13. La conception romaine est, à notre avis, la meilleure ; elle consiste à distinguer, comme l'a fait notre définition, le

(1) Souchay, *Zeitsch. f. Civilr. und Praxis*, III, p. 330 ; Bruck, *op. cit.*, v° *Spiel*, et *Spiel und Wette* (1868), p. 71 ; Laband, *Zeitsch. f. Handelsrecht*, XIX, p. 639 ; Grunhut, *Zeitsch. f. Privat-und Oeffentl. Recht*, 1875.

(2) Gluck, Muehlenbruch, Sintenis, Thibaut, cités par Bruck, v° *Spiel*. — Nous ne parlons pas d'une autre opinion (Stobbe, *Handb. des deutch. Rechts*, III, p. 326), d'après laquelle le pari exprime la diversité des opinions, alors que le jeu ne l'exprime pas. Cette opinion revient à considérer le pari et le jeu comme étant, sous deux noms différents, un même contrat.

(3) Wilda, *Die Lehre vom Spiel*, *Zeitsch. f. deutsch. Recht*, II, p. 133 s. ; Beseler, *Deutsch. Privatrecht*, § 112 ; Von d. Pfordten, *loc. cit.*

(4) Pont, I, n. 622.

(5) Guillouard, n. 45.

(6) Guillouard, n. 45.

(7) Frèrejouan du Saint, n. 55.

jeu du pari en prenant pour base le point de vue suivant lequel l'événement est envisagé par les parties. Si les parties doivent jouer un rôle *actif* dans cet événement, c'est-à-dire si celle d'entre elles qui fera naître cet événement doit gagner, il y a jeu ; au contraire il y a pari si l'événement est indépendant de la volonté et du fait des parties (1). Cette distinction est conforme, en principe, au langage usuel.

14. Un contrat peut être mélangé de pari si le prix, d'une vente par exemple, doit être augmenté ou diminué suivant que tel événement arrivera (2) : si, dans la pensée des parties, il n'y a dans cette clause que la volonté de faire dépendre leurs droits d'un pur hasard, elles ont conclu un pari ; il en est autrement si l'événement doit influer sur l'utilité que les parties peuvent tirer du contrat (3).

15. L'assurance sur la vie ne peut servir à déguiser un pari illicite, car elle constitue en réalité un pari sur la vie de l'assuré et la loi le déclare illicite (4). On a soutenu qu'il faut, pour la validité du contrat, que le tiers au profit duquel l'assurance est contractée ait un intérêt autre que le bénéfice du contrat, qu'il soit, par exemple, créancier de l'assuré (5) ; mais il n'en est pas ainsi (6).

La rente viagère peut également, en fait, déguiser un pari (7).

16. L'acte par lequel deux personnes conviennent que le cheval de l'une appartiendra à l'autre pour un prix déter-

(1) Thoel, *Verkehr mit Staatspapieren*, 1855, p. 257 et *Handelsrecht*, § 304. — Il cite avec raison comme exemple de jeu le cas de deux personnes convenant que celle d'entre elles qui, la première, aura mangé une certaine quantité d'aliments recevra une prestation de la seconde. — Cpr. Guillouard, n. 17 et 18.

(2) *Contra* Rennes, 8 mars 1825, S. chr. — Frèrejouan du Saint, n. 55.

(3) C'est ainsi qu'on a pu décider que l'acquisition d'une certaine quantité de vin non encore récoltée, pour un prix déterminé, avec la clause que l'acquéreur profitera, en outre, de tout ce que récoltera le vendeur au delà de la quantité fixée n'est pas un pari. Poitiers, 23 mai 1855, S., 55. 2. 430, D., 57. 2. 31. — Frèrejouan du Saint, n. 155 (d'après cet auteur, c'est un contrat innommé).

(4) Cass., 14 déc. 1853, S., 54. 1. 114, D., 54. 1. 368.

(5) Guillouard, n. 44.

(6) V. Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*

(7) V. *infra*, n. 173.

miné s'il a une vitesse convenue et gratuitement dans le cas contraire est un pari nul et non pas une vente (1).

Est également un pari la convention par laquelle deux commercants conviennent que celui d'entre eux dont le magasin a la superficie la plus petite paiera une certaine somme à l'autre (2).

17. L'acte par lequel des cohéritiers conviennent que celui d'entre eux qui aurait été exhérédé par un testament non encore connu recevra une somme des autres est une assurance et non un pari (3).

18. L'acte par lequel on promet de payer une somme empruntée quand on se mariera n'est pas un pari, c'est un contrat aléatoire permis (4).

Il en est de même, en principe, comme nous l'avons dit, de l'acte par lequel on stipule que si un événement déterminé se produit, le prix d'une convention sera élevé (5).

19. Tout acte par lequel deux personnes en désaccord sur l'existence actuelle d'un fait conviennent que celle qui a tort donnera une somme à l'autre est un pari (6).

SECTION II

EFFETS DES JEUX ET PARIS ET CONDITIONS DE VALIDITÉ

§ I. *Historique.*

20. A Rome, tous les jeux étaient défendus, sauf les jeux de combat *(qui virtutis causa fiunt)* et les jeux pratiqués

(1) Trib. com. Nantes, 20 déc. 1890, *Rec. de Nantes*, 91. 1. 24. — Cpr. *infra*, n. 43.

(2) Trib. com. Avignon, 2 avril 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 619.

(3) Bordeaux, 4 fév. 1833, S., 34. 2. 24, D. *Rép.*, v° *Jeu-pari*, n. 247. — Frèrejouan du Saint, n. 155; Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, sur l'art. 1104, n. 7.

(4) Guillouard, n. 44 *bis*. — Loyseau (*Du déguerpissement, loc. cit. infra*) rapporte qu'en présence d'une acquisition « à haut prix, à payer quand il serait prêtre, mort ou marié », il a été décidé que l'acquéreur serait quitte en payant le juste prix ; c'est sans doute parce que cette stipulation ne paraissait pas sérieuse.

(5) Rennes, 8 mars 1825, S. chr. — Guillouard, n. 44 *bis*. — V. *supra*, n. 15.

(6) Arnhem (Hollande), 19 déc. 1877, *Journ. dr. int.*, XI, 1884, p. 274 (désaccord sur l'origine d'un cheval). — V. *supra*, n. 16 et 17.

dans une maison sur *quod in convivio vescendi causa ponitur* (1).

Le gagnant n'avait aucune action contre le perdant et le perdant qui avait payé sa dette pouvait exercer une action en répétition de l'indû. La même action était donnée à ses héritiers, à tous les citoyens de la ville où il demeurait, enfin au fisc ; elle ne se prescrivait que par cinquante ans.

Un sénatusconsulte, dont la date ne nous est pas connue, refusait toute action en justice aux jeux de hasard et les prohibait (2), sauf à l'époque des saturnales (3).

D'un autre côté, le joueur était noté d'infamie (4).

Sous Justinien on ne permit que le jeu de disque, la joute, le saut, la lutte, les courses de chevaux (5).

21. Certains jeux d'adresse, limitativement déterminés, et sur lesquels nous reviendrons, permettaient une action en justice, mais à la condition que le perdant eût promis le montant de son enjeu suivant les formes du droit civil et notamment au moyen d'une stipulation (6). Toutefois, la remise de l'enjeu du gagnant suffisait pour donner lieu à un contrat innommé et légitimer l'action *præscriptis verbis* (7).

Justinien limita à un solide l'enjeu autorisé dans les jeux d'adresse (8).

22. Au témoignage de Tacite (9), le jeu était très usité chez les Germains, qui jouaient jusqu'à leur liberté.

Il était également très pratiqué chez les Gaulois (10).

23. Après avoir interdit le jeu aux clercs, le droit canon le défendit aux laïques ; ce fut l'objet du sixième concile, dont la prohibition fut souvent renouvelée (11).

(1) LL. 2 et 3, L. 4, pr., D., *de aleat.*, 11. 5.
(2) L. 1 et 3, C., *de aleat.*, 3. 43 ; L. 5, D., *de naut. foen.*, 22. 6.
(3) Lucien, *Saturn.*, § 13.
(4) Cicéron, *Philipp.*, 2. 23.
(5) L. 3, C., *de aleat.*, 3. 43. — L'enjeu ne devait pas dépasser un écu d'or.
(6) L. 2, § 1 et L. 3, D., *de aleat.*, 11. 5 ; L. 37, D., *de reb. cred.*, 12. 1 ; L. 1, § 8 et L. 129, D., *de verb. sign.*, 45. 1 ; L. 3, C., *de aleat.*, 3. 43.
(7) L. 17, § 5, D., *præscr. verb.*, 18. 5.
(8) L. 3., C., *de aleat.*, 3. 43.
(9) *De mor. German.*, 24.
(10) Lettre 27 de Sidoine Apollinaire (470 après J.-C.).
(11) 813, Concile de Mayence ; 1212, Concile de Paris ; 1213, Concile de Latran

24. On a cité [1], comme prohibant le jeu, un capitulaire de Charlemagne et une ordonnance de 1319, qui, paraît-il, n'existent pas [2].

La première ordonnance connue qui prohibe le jeu est de Louis IX, et date de 1254 [3] ; elle interdit certains jeux de hasard, mais se contente de la prohibition et d'une vague menace de punition.

L'ordonnance de 1369 (Charles V) [4] défend les jeux qui ne servent pas à « exercer ni habiliter », sous peine de quarante sous d'amende.

Un édit de 1511 et un arrêt du parlement de la même année défendent les jeux de dés et les brelans.

Un édit de 1532 défend les jeux de hasard, et permet les jeux d'adresse, notamment le jeu de paume.

L'ordonnance de février 1566 (art. 59) [5] rappelle et ratifie les prohibitions antérieures ; elle n'indique comme prohibés que les jeux de hasard.

La déclaration du 30 mai 1611 et l'ordonnance du 20 décembre 1612 défendent encore les jeux de cartes et de dés.

L'ordonnance de janvier 1629 (art. 138) déclare nulles les dettes de jeu ; mais, comme elle n'a pour objet que d'augmenter et d'étendre les sanctions, elle ne modifie rien au point de vue des jeux défendus et autorisés.

La coutume d'Orléans (art. 101) défend les jeux de dés et tous les jeux de hasard.

Une ordonnance de 1760 décide que le gagnant ne pourra jamais exiger plus de cent pistoles dans chaque séance.

Enfin l'ordonnance du 1er mars 1781 décide que les actes

1254, Concile d'Alby ; 1255, Concile de Béziers ; 1456, Concile de Soissons ; 1460, Concile de Lens ; 1473, Concile de Tolède ; 1562, Concile de Trente. — V. Guillouard, n. 22.

(1) Guyot, *Rép.*, v° *Jeu*.

(2) V Guillouard, n. 22.

(3) Isambert, *Rec. des Lois*, I, p. 273. — Cependant M. Frèrejouan du Saint (n. 2) cite une ordonnance de décembre 1230 disposant qu'on ne pourra être condamné pour dette de jeu. — Une ordonnance de 1256 défend la fabrication des dés et réputé infame celui qui joue aux dés.

(4) Isambert, *op. cit.*, V, p. 322.

(5) Isambert, *op. cit.*, XIV, p. 205.

ayant pour objet une dette de jeu sont nuls « soit qu'ils aient été faits par des majeurs ou des mineurs ».

25. On voit combien Pothier ([1]) a tort de dire que « les anciennes ordonnances de nos rois ont défendu tous les jeux, à l'exception de ceux qui sont propres à exercer au fait des armes » et n'ont « fait aucune distinction à l'égard de tous autres jeux, entre ceux qui sont jeux d'adresse et ceux qui sont jeux de hasard. » Il avoue d'ailleurs que les ordonnances postérieures ne défendent que les jeux de hasard, mais ajoute que les parlements ont continué à refuser toute action en justice, même pour les jeux d'adresse autres que ceux qui sont propres à exercer au fait des armes ; il approuve cette jurisprudence ([2]), en disant que ce sont là « des simples récréations », qui ne sont pas permises « jusqu'au point de donner aux joueurs une action ».

26. Le pari à Rome n'était permis que s'il intervenait à l'occasion d'un jeu autorisé ([3]).

27. Dans l'ancien droit, il semble que le pari fût mis sur la même ligne que le jeu ; si les ordonnances ne parlent pas du pari, c'est évidemment que, se conformant au langage courant, on y voit une forme particulière du jeu ([4]).

Pour soutenir le contraire ([5]), on a invoqué, outre le

([1]) *Du contrat de jeu*, n. 49.

([2]) N. 50.

([3]) Cela résulte formellement des lois 2 et 3, D., *de aleat.*, 11. 5. — On a soutenu cependant que les paris étaient valables même s'ils intervenaient à l'occasion de jeux non autorisés, pourvu que la cause en fût honnête. — Maynz, *Tr.*, *des oblig.*, p. 383, § 96, note 5 ; Pillette, *Rev. prat.*, 1862, II, p. 477 s. ; Guillouard, n. 25. — On s'est fondé sur la L. 17, § 5, D., *præscr. verb.*, 19.5, et sur l'idée que la *sponsio*, au moyen de laquelle avait lieu le pari, était un contrat solennel où la cause consistait dans les paroles prononcées ; ce sont là des arguments auxquels il est facile de répondre : la preuve que la cause de la *sponsio* pouvait être recherchée en dehors des paroles prononcées, c'est que ce même texte refuse aux parieurs l'action en justice « *si inhonesta causa sponsionis fuerit* ». Il est d'ailleurs permis de supposer que cette cause déshonnête dont parle le texte fait allusion au cas où le pari interviendrait au sujet d'un jeu prohibé ; c'est le seul moyen de mettre d'accord les trois textes que nous avons cités dans cette note.

([4]) Danty sur Boiceau, *Preuve par témoins*, add. au ch. X, n. 55 ; Gayot de Pitaval, *Mémoire pour Pierre Frugeri*, *Causes célèbres*, VII, éd. 1750, p. 183.

([5]) Guillouard, n. 26.

silence des ordonnances, une controverse qui s'était élevée au sujet des conditions de validité des paris, certains auteurs exigeant que l'enjeu en fût déposé, d'autres, dont l'opinion avait été adoptée par des arrêts, se contentant d'une convention sérieuse.

En réalité, cette controverse portait sur un objet plus restreint ; il s'agissait de savoir si, *alors qu'il était licite* (et probablement on se référait à ce point de vue aux règles admises pour le jeu), le pari était valable en l'absence même du dépôt de l'enjeu (1), et la preuve en est que la négative s'appuyait simplement sur l'idée qu'en France, à la différence du droit romain, la promesse ne portait pas sa cause en soi, et que les partisans de toutes les opinions écartaient l'hypothèse où le pari avait une « cause déshonnête » (2). On était donc d'accord pour admettre qu'un pari sur une cause déshonnête était nul en toute hypothèse.

Cependant on avait souvent, en fait, considéré le pari comme valable (3).

(1) Pour la négative, V. Arrêt du parlement de Dijon, 1re partie, cité par Despeisses, *loc. cit. infra*, et par Bouvot, let. G, quest. 1 ; Danty sur Boiceau, *Tr. de la preuve par témoins*, add. sur le ch. X, n. 23 s. ; Loiseau, *Tr. du déguerpissement*, liv. IV, ch. III, n. 13 et 14 ; Gayot de Pitaval, *Tr. des gageures* (dans *Causes célèbres*, VII, éd. 1750, p. 227, sauf pour les paris se rapportant à un jeu licite). — Pour l'affirmative, V. Parlement de Bordeaux, mars 1609, cité par Automne, *de præscr. verb.*, Cod. — Cour des aides de Paris, 21 janv. 1615, cité par Despeisses, *Des contrats*, 1re p., art. 10, n. 2. — Parlement de Toulouse, cité par Catellan, *Arrêts*, liv. V, ch. LXI. — Despeisses, *loc. cit.* ; Emerigon, *Tr. des assur.*, ch. I, sect. 1.

(2) Tous les auteurs précités.

(3) Ainsi (à condition du dépôt de l'enjeu) l'arrêt du parlement de Dijon cité par Bouvot, *loc. cit.*, valide implicitement le pari entre deux procureurs sur le point de savoir si l'ordonnance de 1537 parlait de la prescription. Il y eut des prohibitions spéciales. Bugnyon, *De leg. abrog.*, liv. X, ch. 150, rapporte un arrêt du parlement de Paris du 29 mars 1563, défendant de faire des paris au sujet des femmes grosses, par crainte de la supposition de part. — V. également Gayot de Pitaval, *op. cit.*, p. 230 s., qui donne des détails curieux sur certains paris interdits en Italie.

§ II. *Détermination des jeux et paris qui sont licites ou illicites.*

I. *Généralités.*

28. Confondant dans une seule et même disposition le jeu et le pari, entre lesquels il existe en effet une très grande affinité [1], l'article 1965 dispose : « *La loi n'accorde aucune « action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un « pari.* » Quel en est le motif ? Le jeu peut être un délassement ou une spéculation. Dans le premier cas, il ne mérite aucune réprobation ; mais alors l'enjeu sera sans importance eu égard à la situation pécuniaire des parties, et le refus d'une action au gagnant, pour obtenir le paiement de ce que lui doit le perdant, se justifie par la maxime *De minimis non curat prætor.* Si le jeu constitue une spéculation, une industrie, un moyen d'enrichissement, alors la loi, sans le flétrir comme un délit, sans même le réprouver précisément comme une convention immorale, le considère cependant comme présentant un certain danger pour la société et refuse à ce titre de le sanctionner par une action. Et en effet le jeu, en faisant entrevoir la perspective de gains faciles, détourne les hommes du travail, qui est la base de l'ordre social ; il démoralise plus encore qu'il ne ruine, et constitue par conséquent un péril pour la société.

Ainsi donc la loi refuse dans tous les cas une action au gagnant contre le perdant, soit parce que la convention est en dehors de son domaine, s'il s'agit d'un simple divertissement, soit, si elle dépasse ces proportions, parce qu'elle se présente sous un jour défavorable, à cause du danger qu'elle fait courir à la société.

C'est le dernier point de vue seul qu'ont envisagé les travaux préparatoires [2].

[1] V. *supra*, n. 12 s.

[2] « Quelle faveur peuvent obtenir auprès des lois les obligations et les promesses que le jeu produit, que la raison condamne, et que l'équité désavoue ?

29. On peut se demander si les dispositions du Code civil relatives au jeu et au pari répondent aux besoins et aux conceptions de la vie sociale actuelle.

Nous n'irons pas jusqu'à soutenir avec certains auteurs [1] qu'il soit opportun de munir d'une action toute dette de jeu et de pari. Ce n'est pas qu'il soit, comme le soutiennent d'autres auteurs, immoral de forcer les tribunaux à connaître l'existence de cette dette ; les tribunaux, ne fût-ce qu'en matière criminelle, ont à apprécier une multitude de faits plus blâmables encore et moins honnêtes que le jeu. Mais il nous paraît essentiel, d'une part qu'on décourage dans la mesure du possible toute spéculation et, d'autre part, que celui qui a abusé des passions d'autrui ne recueille pas les fruits de l'immoralité qu'il a commise. L'honnête homme, objecte-t-on, n'invoquera jamais l'exception de jeu. Qu'importe ? L'honnête homme n'invoquera pas davantage l'exception de prescription, et cependant on ne soutient pas que cette exception soit immorale. Ce n'est pas le joueur malheureux que la loi a voulu protéger, elle a voulu punir le joueur heureux.

Mais ce qui nous paraît critiquable, c'est la distinction du code. Des jeux qu'il munit d'action, un seul a gardé et a augmenté même son importance pratique, c'est le jeu de courses ; cependant il est tellement immoral que la jurisprudence a dû, presque en tous cas, refuser toute action en cette matière. En revanche des jeux sérieux, comme le jeu de billard, sont dépourvus d'action.

Ignore-t-on que le jeu favorise l'oisiveté, en séparant l'idée de gain de celle du travail, et qu'il dispose les âmes à la dureté, à l'égoïsme le plus atroce ? Ignore-t-on les révolutions subites qu'il produit dans le patrimoine des familles particulières au détriment des mœurs publiques et de la société générale ? » *Exposé des motifs* de Portalis, Fenet, XIV, p. 540, Locré, XV, p. 172. — V. aussi Rapport de Duveyrier au Tribunat, Fenet, XIV, p. 550, Locré, XV, *loc. cit.* — On a dit aussi que l'obligation du joueur est sans cause; mais cela est inexact, car le jeu est un contrat synallagmatique, où, comme dans tous les contrats synallagmatiques, l'obligation de chacun des contractants a pour cause l'obligation de l'autre. Janoly, p. 3 ; Frèrejouan du Saint, n. 3. — Enfin on a invoqué l'intérêt de la famille des joueurs, Fenet, *loc. cit.* ; Locré, *loc. cit.*

[1] Alf. de Courcy, *De l'exception de jeu*, *Rev. crit.*, XIII, 1884, p. 560 s.

II. *Jeux.*

30. Le principe que les dettes de jeu ne sont pas sanctionnées par une action [1] s'applique à toutes les sortes de jeux [2] ; il reçoit une exception relativement à certains jeux que le législateur voit d'un œil favorable ; l'article 1966 alinéa 1 la formule en ces termes : « *Les jeux propres à exer-* « *cer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les* « *courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même* « *nature qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps,* « *sont exceptés de la disposition précédente.* »

« Ces sortes de jeux sont utiles, a dit Portalis ; on les a peut-être trop négligés dans les temps modernes ». [3]

Comme toute exception, celle qui nous occupe doit recevoir l'interprétation restrictive [4]. Écrite en vue des jeux *qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps,* elle ne saurait donc être étendue aux jeux intellectuels, par exemple, comme nous le dirons, au jeu d'échecs [5].

31. La dette d'un jeu dont le résultat dépend à la fois du hasard et de l'habileté des joueurs ne donne lieu à aucune action [6], car l'article 1965, qui refuse l'action en justice aux dettes du jeu, s'exprime en termes généraux, et l'article 1966 ne fait exception que pour les jeux qui tiennent à l'exercice du corps.

Il y a, à ce point de vue, une distinction entre la loi civile et la loi pénale, qui punit exclusivement la tenue d'une maison de jeux *de hasard* et autorise par là même une maison de jeux tenant pour partie au hasard et pour partie à l'adresse.

32. Le jeu qui est purement d'adresse ne donne pas lui-

(1) V. *supra*, n. 27.

(2) V. pour les petits chevaux, Paris, 5 juin 1901, S., 1901. 2. 275, D., 1903. 2. 10.

(3) Exposé des motifs, Fenet, XIV, p. 541.

(4) Pont, I, n. 600 ; Laurent, XXVII. n. 198 ; Guillouard, n. 48.

(5) V. *infra*, n. 35.

(6) Cass., 18 fév. 1858, S., 58. 1. 416, D., 58. 5. 219. — Cass., 9 nov. 1861, S., 62. 1. 326, D., 61. 5. 274. — Pont, I, n. 621 ; Guillouard, n. 38 *bis* ; Frère-jouan du Saint, n. 9.

même ouverture à une action en justice, s'il ne tient pas à l'exercice du corps. La loi n'excepte de la prohibition que ceux qui tiennent à la fois à l'adresse et à l'exercice du corps (1).

33. Mais, ainsi que le montrent les termes mêmes de l'article 1966, l'énumération qu'il contient n'est pas limitative (2).

34. Le saut était à Rome et est encore aujourd'hui regardé comme un jeu d'adresse (3).

Il en est de même du disque (4).

De même encore pour la joute à armes courtoises (5), notamment la joute à la nage, à la rame ou à la voile (6), les régates (7), et pour la lutte (8), notamment à l'épée, à la canne ou à la boxe (9), le lawn-tennis (10) ou le foot-ball (11).

Le jeu de boules n'est pas un jeu de hasard (12). Il en est de même du jeu de quilles (13), quoiqu'il fût interdit par l'ordonnance de 1369.

Nous en dirons autant du jeu de billes et du jeu de palet, interdits également par cette ordonnance.

35. La loi mentionne comme donnant lieu à une action les jeux propres à exercer au fait des armes.

Les jeux de tir sont des jeux d'adresse (14) ; l'ordonnance de 1369 autorisait les jeux d'arc et d'arbalète.

(1) Laurent, *loc. cit.* ; Janoly, p. 30 ; Frèrejouan du Saint, n. 10.

(2) Pont, I, n. 609 ; Laurent, XXVII, n. 198 ; Garsonnet, *Tr. de proc.*, I, p. 462, § 116, note 15 ; Guillouard, n. 47 ; Frèrejouan du Saint, n. 14.

(3) L. 3, C., *de aleat.*, 3. 43.

(4) L. 3, C., *eod.*

(5) L. 3, C., *eod.*

(6) Frèrejouan du Saint, n. 14

(7) Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

(8) L. 3, C., *eod.*

(9) Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

(10) Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

(11) Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

(12) Arrêt de Grenoble, 16 fév. 1685, cité par l'annotateur de Chorier, *loc. cit. infra.* — Troplong, n. 57 ; Frèrejouan du Saint, n. 14.

(13) Troplong, *loc. cit.* ; Frèrejouan du Saint, *loc. cit.* — *Contra* Guillouard, n. 51.

(14) Garsonnet, I, p. 462, § 116, note 15 ; Guillouard, n. 49 ; Frèrejouan du Saint, n. 14.

Le jeu d'échecs ne donne lieu à aucune action (1) ; car il ne tient pas à l'adresse *du corps* ; d'autre part il est à la fois un jeu d'adresse et de hasard.

Il en est de même de tous les jeux de carte (2), y compris le jeu de whist (3).

L'ordonnance de 1369 interdisait le jeu de paume ; au contraire, l'article 1966 y attache formellement une action.

Le jeu de dés est un jeu de hasard (4) ; il était interdit par l'ordonnance de 1369 comme jeu de hasard.

Nous en disons autant du jeu de l'oie (5).

Il faut comprendre aussi parmi les jeux de hasard le loto (6), le jeu des petits chevaux (7).

36. Le jeu de billard est un jeu d'adresse, mais il ne tient pas à l'exercice du corps ; il ne donne donc lieu à aucune action (8), sauf dans les pays où les jeux de hasard sont seuls prohibés (9).

Au contraire, la tenue d'un jeu de billard n'est pas répri-

(1) Pillette, *Rev. prat.*, 1863, I, p. 222 et 223 ; Pont, I, n. 610 ; Aubry et Rau, IV, p. 577, § 356, note 16 ; Garsonnet, *loc. cit.*, Janoly, p. 30 ; Guillouard, n. 49 ; Frèrejouan du Saint, n. 10 et 14 ; Planiol II, n. 2111, note. — *Contra*, Troplong, n. 50.

(2) Guillouard, n. 49. — Pour le jeu de baccara, V. Chambéry, 28 avril 1890, *Ann. dr. comm.*, IV, 1890, *Jurispr.*, p. 33, et en matière criminelle, Cass., 4 nov. 1855, D., 56. 1. 95.

(3) Garsonnet, *loc. cit.* ; Planiol, *loc. cit.*

(4) Chorier, *La Jurispr. de Guy Pape*, liv. IV (2e éd. 1769), sect. VIII, art. 10, p. 272, quest. 581. — C. supr. Autriche, 18 janv. 1871, *Samml. von civilrechtl. Entsch.*, IX, n. 4021, *Anal. journ. dr. int.*, IV, 1877, p. 69.

(5) Frèrejouan du Saint, n. 107.

(6) Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

(7) Paris, 5 juin 1901, *Gaz. Trib.*, 27 sept. 1901.

(8) Poitiers, 4 mai 1810, S. chr., D. *Rép.*, v° *Jeu-Pari*, n. 14. — Grenoble, 6 déc. 1823, S. chr., D. *Rép.*, v° *Jeu-Pari*, n. 36. — Montpellier, 4 juill. 1828, S. chr. D. *Rép.*, v° *Jeu-Pari*, n. 14. — Angers, 13 août 1831, S., 32. 2, 270, D. *Rép.*, v° *Jeu-Pari*, n. 14. — Trib. com. Seine, 21 juin 1899, *Droit*, 23 juill. 1899. — Duranton, XVIII, n. 110 ; Pillette, *Rev. prat.*, 1863, I, p. 223 ; Troplong, n. 57 ; Massé et Vergé, V, p. 23, § 745, note 5 ; Aubry et Rau, IV, p. 577, § 356, note 16 ; Laurent, XXVII, n. 198 ; Garsonnet, *loc. cit.* ; Guillouard, n. 50 ; Frèrejouan du Saint, n. 14. — *Contra*, Paris, 10 juil. 1902, S., 1902. 2. 301 (motifs). — Pont, I, n. 609 ; Janoly, p. 30.

(9) V. pour l'Angleterre, *infra*, n. 156.

mée par les lois pénales, puisque les jeux de hasard seuls tombent sous l'application de ces lois (1).

Le jeu de dames ne donne lieu à aucune action (2).

37. A plus forte raison, les jeux qui constituent de véritables escroqueries ne donnent-ils lieu à aucune action en justice ; tels sont le jeu de bonneteau (3) et le jeu des trois palets (4).

On ne doit même pas attacher une action aux jeux de hasard qu'il est d'usage de jouer en société et qui ne peuvent pas provoquer des pertes considérables (5).

38. A Rome, les courses de chevaux étaient rangées au nombre des jeux d'adresse autorisés (6).

Les jeux de course sont valables encore aujourd'hui (7).

La loi mentionne, en effet, comme donnant lieu à une action en justice, « les courses à pied ou à cheval, les courses de chariots ».

Les courses à la voile ou à l'aviron sont des jeux d'adresse (8).

Il en est de même des courses de vélocipèdes (9), des jeux de natation (10), des rallye-papers (11).

39. On ne peut considérer comme une dette de jeu, les dommages-intérêts dus à raison d'un acte illicite commis à l'occasion du jeu (12).

(1) Cass., 9 nov. 1861, S., 62. 1. 326, D., 61. 5. 274 (pour le *jeu de poule*). — Aix, 25 mai 1892, S., 93. 2. 19 (pour le jeu dit le *National*). — Trib. corr. Seine, 26 juin 1884, S., 93. 2. 19 (en note) (même jeu). — Chauveau et Faustin Hélie, *Th. du C. pén.*, 6e éd., V, n. 2322 ; Blanche, *Et. prat. sur. le C. pén.*, 2e éd., VI, n. 290.

(2) Garsonnet, *loc. cit.*

(3) Paris, 2 avril 1881, S., 82. 2. 52. — Orléans, 12 déc. 1885, S., 86. 2. 236 (ces arrêts sont rendus au point de vue criminel).

(4) Orléans, 12 déc. 1885, précité.

(5) D'après Windscheid (*Lehrb. der Pand.*, II, § 419, p. 582), la pratique allemande reconnait la validité de ces jeux.

(6) L. 3, C., *de aleat.*, 3. 43.

(7) C. supr. Wisconsin, 27 mars 1888, *Journ. dr. int.*, XVI, 1889, p. 148. Dans cet Etat, les paris aux courses sont interdits. Statuts révisés de 1878, articles 4532, 4536, 4538.

(8) Garsonnet, I, p. 462, § 116, note 16 ; Guillouard, n. 49.

(9) Guillouard, n. 49 ; Frèrejouan du Saint, n. 14.

(10) Garsonnet, *loc. cit.*

(11) Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

(12) Trib. féd. Suisse, 17 nov. 1894, *Ann. dr. comm.*, X, 1896, p. 43.

III. *Paris.*

40. Aujourd'hui, comme dans l'ancien droit, le pari n'est considéré par le Code civil comme légitime que s'il est relatif à un jeu légitime. C'est que, comme on l'a dit dans les travaux préparatoires, il « a les mêmes vices originels et les mêmes dangers que le jeu » (1). On ne peut qu'approuver cette assimilation (2) ; le pari n'est pas moins dangereux, ne provoque pas moins d'entraînement que le jeu, et il suffit de citer comme exemples les paris aux courses, et les jeux de bourse qui sont de véritables paris ; d'un autre côté, il n'est pas moins repréhensible au point de vue moral.

41. Mais les paris faits par les joueurs eux-mêmes sont valables, quand ils ont trait aux jeux visés par l'article 1966; car ils excitent l'émulation comme ces jeux mêmes (3).

Il en est de même des paris faits par les intéressés aux jeux de ce genre, tels que ceux pour le compte desquels les jockeys prennent part à la course.

Les paris faits par les tiers non intéressés ne sont jamais munis d'action (4) : la loi, dans l'article 1966, a voulu favoriser les exercices du corps ; les paris faits par les tiers et auxquels les joueurs restent étrangers ne favorisent pas ces exercices.

L'opinion contraire a le tort d'interpréter trop largement le mot *jeu* de l'article 1966 ; quand la loi a voulu assimiler le pari au jeu, elle n'a pas manqué de le dire. En vain objecte-t-on que si le pari est soumis aux prohibitions du jeu, il doit participer de ses immunités ; il n'y a à cela aucune raison.

(1) Rapport de Siméon au Tribunat, Fenet, XIV, p. 551.— V. aussi discours de Duveyrier au Corps législatif, Fenet, XIV, p. 557.

(2) Trib. com. Seine, 21 juil. 1899, *Droit*, 23 juillet 1899 (billard). — Troplong, n. 93 s. ; Pont, I, n. 601 et 602 ; Laurent, XXVII, n. 197 ; Guillouard, n. 27 ;Frèrejouan du Saint, n. 156.

(3) Guillouard, n. 54 ; Frèrejouan du Saint, n. 158.

(4) Trib. civ. Seine, 4 janv. 1893, D., 97. 2. 124, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 42. — Trib. civ. Bruxelles. 1er mai 1895, *Pasicr.*, 95. 3. 304.— Guillouard, *loc. cit.*— *Contra*, Paris, 10 juil. 1902, S., 1902. 2. 301.— Frèrejouan du Saint, n. 159 et 160.

42. Dans un autre système le pari est valable, mais à la condition que les parieurs soient en mesure d'apprécier les chances de succès des joueurs et ne s'en remettent pas simplement au hasard. A cette condition seulement, dit on, le pari met en œuvre l'adresse des joueurs.

Cela ne nous paraît pas exact (1) ; le pari, même dans ce cas, n'est pas un excitant à l'adresse des joueurs.

43. Les seuls paris aux courses qui fussent connus lors de la promulgation du Code civil, étaient les paris entre éleveurs ou propriétaires des chevaux, c'est-à-dire entre intéressés à la course (2). Ces paris doivent être encouragés parce qu'ils excitent les éleveurs et propriétaires au perfectionnement de leurs chevaux ; ils sont donc licites (3). D'autre part, on peut dire que le propriétaire joue, puisque les chevaux sont montés par ses préposés, et ainsi cette solution est exacte dans l'opinion même qui restreint la validité du pari au cas où il est engagé entre joueurs.

Ils sont également valables, selon la jurisprudence, s'ils sont engagés entre personnes familières avec les jeux de course, c'est-à-dire capables d'examiner la valeur d'un cheval ou d'un jockey et d'apprécier la réputation d'une écurie (4).

La loi du 2 juin 1891, que nous citons plus loin, n'a pas supprimé la première de ces solutions (5). Elle a peut-être supprimé la seconde pour le cas où le pari est engagé dans les conditions indiquées par cette loi (6).

(1) Frèrejouan du Saint, n. 159.

(2) Charton de Meur, *Dict. de jurisp. hippiq.*, v° *Courses de chevaux*, n. 3 ; Frèrejouan du Saint, n. 161.

(3) Cass. crim., 18 juin 1875, S., 75. 1. 386, D., 75. 1. 445. — Paris, 31 déc. 1874, D., 75. 2. 92. — Paris, 27 juil. 1896, D., 97. 2. 122. — Trib. civ. Seine, 4 janv. 1893, D., 97. 2. 124, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 42. — Trib. civ. Liège, 9 janv. 1894, *Gaz. Trib.*, 23 fév. 1894, *Pasicr.*, 94. 3. 105. — Pont, I, n. 613 ; Pillette, *Rev. prat.*, 1863, I, p. 232 s. ; Laya, *Loi du 2 juin 1891*, *Lois nouvelles*, 91.2, p. 440, n. 29 s. ; Guillouard, n. 55 ; Frèrejouan du Saint, n. 161. — *Contra* Trib. rég. Carlsruhe, 11 janv. 1893, *Pasicr.*, 96. 4. 66. — Laurent, XXVII, n. 200.

(4) Cass. crim., 18 juin 1875, précité. — Laya, *op. cit.*, p. 442, n. 36 ; Frèrejouan du Saint, *loc. cit.* — *Contra* Trib. civ. Seine, 4 janv. 1893, précité. — Cass. belge, 6 fév. 1896, *Pasicr.*, 96. 1. 85 (et conclusions Mesdach de ter Kiel). — Bruxelles, 25 nov. 1895, *Pasicr.*, 96. 2. 58.

(5) Laya, *op. cit.*, p. 448, n. 54. — Trib. civ. Seine, 4 janv. 1893, précité.

(6) V. *infra*, n. 44.

A plus forte raison le pari est valable s'il intervient entre les personnes mêmes qui courent (1).

Mais les paris sur les courses de chevaux par des personnes qui n'ont aucune connaissance spéciale et ne se préoccupent pas de la valeur des chevaux, sont des jeux de hasard (2). Dans ce cas c'est sur le sort que les parieurs entendent spéculer.

Est également nul le pari entre le propriétaire d'un cheval et un étranger, sur le temps que ce cheval mettra à courir (3).

44. La loi du 2 juin 1891 punit les agences de paris aux courses de chevaux (4).

(1) Guillouard, n. 55 ; Frèrejouan du Saint, n. 158 et 161.

(2) Cass. crim., 18 juin 1875. S., 75. 1. 386, D., 75. 1. 445 (pari mutuel). — Cass. crim., 5 janv. 1877, S., 77. 1. 481. — Cass., 7 mai 1885, S., 86. 1. 281. — Cass., 10 déc. 1887, S., 88. 1. 42. — Cass. crim., 29 mars 1888, S., 90. 1. 233 (pari à la cote). — Cass., 8 déc. 1888, S., 89. 1. 136. — Cass. crim., 3 mai 1889, S., 90. 1. 233 (pari mutuel). — Cass. crim., 7 juin 1889, S., 90. 1. 233 (pari mutuel). — Paris, 31 déc. 1874, D., 75. 2. 92 (pari mutuel). — Paris, 12 juin 1890, S., 90. 2. 185. — Paris, 29 nov. 1892, S., 93. 2. 204, D., 94. 2. 5 (motifs). — Paris, 25 juill. 1896, précité. — Trib. civ. Seine, 2 juin 1893, *Droit*, 25 juin 1893. — Trib. com. Seine, 27 fév. 1903, *Loi*, 7 juil. 1903 (pari mutuel). — Cass. belg., 8 nov. 1886, S., 88. 4. 3. — Trib. rég. Carlsruhe, 11 janv. 1893, *Pasicr.*, 93. 4. 66. — *Angleterre*, Haute-Cour justice, Banc de la Reine, 11 mars 1889, *Journ. dr. int.* XVII, 1890, p. 346. — Pont, I, n. 613 ; Saint-Luc Courborieu, Rapport sous Cass., 18 juin 1875, précité ; Laya, *op. cit.*, p. 440 s., n. 30 s. ; Guillouard, n. 55. — *Contra* Trib. civ. Bruxelles, 14 fév. 1894, *Pasicr.*, 94. 3. 316. — Frèrejouan du Saint, n. 161 ; Villey, *Notes*, S., 77. 1. 481, S., 86. 1. 281, S., 90. 1. 233. — Le pari mutuel est il un jeu ou une loterie ? V. *infra*, n. 61.

(3) Trib. paix Liège, 9 janv. 1894, *Gaz. trib.*, 23 fév. 1894, *Pasicr.*, 94. 3. 105. — Comp. *supra*, n. 16.

(4) Art. 4 : Quiconque aura, en quelque lieu et sous quelque forme que ce soit, exploité le pari sur les courses de chevaux, en offrant à tous venants de parier ou en pariant avec tous venants, soit directement, soit par intermédiaire, sera passible des peines portées à l'art. 410 C. pén. — Seront réputés complices du délit ci-dessus déterminé et punis comme tels : 1° Quiconque aura servi d'intermédiaire pour les paris dont il s'agit ou aura reçu le dépôt préalable des enjeux ; 2° Quiconque aura, en vue des paris à faire, vendu des renseignements sur les chances de succès des chevaux engagés ; 3° Tout propriétaire ou gérant d'établissements publics qui aura laissé exploiter les paris dans son établissement. — Les dispositions de l'art. 463 C. pén. seront dans tous les cas applicables aux délits prévus par la présente loi. »

Art. 5 : « Toutefois, les sociétés remplissant les conditions prescrites par l'article 2 (sociétés de courses de chevaux ayant pour objet l'amélioration de la race

On conclut de là, même dans l'opinion qui admet la validité des paris sur les courses, que ces paris sont nuls s'ils sont faits par l'intermédiaire d'une agence (1), par la raison qu'un fait délictueux ne peut faire naître une obligation civile en faveur du délinquant. L'argument nous paraît peu sûr.

45. Le pari peut être étranger au jeu : on parie sur les chances de survie de telle personne à telle autre, sur l'état de l'atmosphère, etc. Ici encore, la loi n'accorde aucune action. L'article 1965 du Code civil s'exprime en termes généraux et les motifs sur lesquels il se fonde s'appliquent à cette hypothèse. Du reste, les jeux de bourse sont de véritables paris de ce genre (2).

Est donc nul le pari relatif à un concours de pigeons (3).

Le pari sur le résultat d'une élection est également nul (4).

IV. *Jeux de bourse.*

46. Les jeux de bourse ne sont pas autre chose que des paris sur la hausse et sur la baisse des effets publics. Ils se réalisent ordinairement sous la forme de *marchés à terme.*

Le *marché à terme* est une vente portant sur des valeurs de bourse, dans laquelle un délai est formellement stipulé pour la livraison des titres et par suite pour le paiement du prix. Ces marchés, qui répondent à certains besoins de la spéculation, sont faits à *couvert*, lorsque les agents de change sont *couverts*, c'est-à-dire lorsqu'ils reçoivent, avant la conclusion du marché qui doit se réaliser par leur entremise,

chevaline) pourront, en vertu d'une autorisation spéciale et toujours révocable du ministre de l'agriculture et moyennant un prélèvement fixe en faveur des œuvres locales de bienfaisance et de l'élevage, organiser le pari mutuel sur leurs champs de courses exclusivement, mais sans que cette autorisation puisse infirmer les autres dispositions de l'art. 4. Un décret rendu sur la proposition du ministre de l'agriculture déterminera la quotité des prélèvements ci-dessus visés, es formes et les conditions de fonctionnement du pari mutuel. »

(1) Frèrejouan du Saint, n. 162.

(2) Ainsi le pari de se marier, de ne pas se marier, de se marier avec une personne déterminée, est nul. — Angers, 22 fév. 1809, S. chr. — Frèrejouan du Saint, n. 157.

(3) Trib. paix Lille, 19 janv. 1894, *Loi*, 28 juin 1894. — Trib. civ. Seraing (Belgique), 10 nov. 1894, *Pasicr.*, 95. 3. 146.

(4) C. sup. Indiana, 47 Indiana 127, *Anal. journ. dr. int.*, III, 1876, p. 205.

les titres ou les sommes nécessaires à sa réalisation. Dans le cas contraire, le marché est dit *à découvert*.

Les marchés à terme, même faits à découvert, peuvent être très sérieux. Mais souvent ils sont purement fictifs, et alors ils se résolvent en un pari sur la hausse et sur la baisse des effets vendus.

Le marché à terme est sérieux, lorsqu'au moment de sa conclusion les parties ont l'intention sérieuse, l'une de vendre et de livrer les titres au terme convenu, l'autre d'acheter et de prendre livraison.

Il est fictif, lorsqu'il est entendu entre les parties, dès l'époque de la formation du contrat, que la livraison des titres et le paiement de leur prix n'auront pas lieu au terme convenu, et que le marché se liquidera par le paiement de simples différences.

Ainsi, croyant à la baisse prochaine de la rente sur l'État 3 0/0, qui vaut aujourd'hui par hypothèse 100 francs environ, je charge un agent de change de vendre pour mon compte 30,000 francs de rentes livrables fin du mois courant, au prix de 100 francs. De votre côté, croyant à une hausse prochaine, vous chargez un autre agent de change de vous acheter 30,000 francs de rente 3 0/0, livrables fin courant, au même prix de 100 francs. Nos deux agents de change traitent ensemble. Si la convention est sérieuse, je devrai au terme convenu livrer les titres, et de votre côté vous devrez payer contre leur livraison la somme de 1,000,000 francs. La rente a-t-elle baissé, conformément à mes prévisions ? Vaut-elle, par exemple, à l'époque de la livraison, 99 francs au lieu de 100 francs ? Je gagnerai la différence entre le cours du jour et le cours de la vente, soit 10,000 francs ; car je toucherai 1,000,000 pour prix de mes titres que je ne trouverais plus à vendre aujourd'hui que 990,000 francs. La rente au contraire a-t-elle haussé, comme vous le pensiez ? Vaut-elle au jour de la livraison 101 fr. ? C'est vous qui gagnerez 10,000 francs ; car vous recevrez moyennant 1,000,000 francs des titres de rente, qu'il vous faudrait payer aujourd'hui 1,010,000 francs et que vous pouvez vendre immédiatement à ce prix.

Il se peut même, sans que le caractère de la convention soit altéré, que nous convenions, au moment fixé pour l'exécution, qu'au lieu de procéder à ce mouvement de titres et d'argent, je vous payerai ou vous me payerez seulement la somme de 10.000 francs. Un marché à terme fait à découvert n'est pas nul, lorsque, *en vertu d'une convention postérieure à sa conclusion*, il se résout par le paiement d'une simple différence. En pareil cas, le marché, lorsqu'il a été passé, n'avait rien de fictif; le vendeur était obligé à livrer au terme convenu, et l'acheteur à prendre livraison et à payer son prix. En convenant après coup que leur situation respective se liquidera par le paiement d'une simple différence, les parties n'ont fait que résoudre leur contrat sous une certaine condition qui n'a rien de contraire à l'ordre public; c'était leur droit.

Mais une troisième hypothèse est possible. Il est convenu entre nous, dès l'origine, que je ne livrerai pas les titres au terme fixé et que vous n'en payerez pas le prix, que notre situation se règlera par le paiement d'une simple différence, par exemple, dans l'espèce proposée, que vous me payerez 10.000 francs si la rente ne vaut plus que 99 francs à l'expiration du terme fixé pour la livraison, et que ce sera moi, au contraire, qui vous payerai cette somme si la rente vaut 101 francs. Alors la convention n'est plus qu'un pari sur la hausse ou la baisse de la rente [1], c'est-à-dire un jeu d'une nature particulière ; l'une des parties a joué à la baisse, l'autre à la hausse.

47. Déjà l'arrêt du conseil du 24 septembre 1724, rendu après la chute du système de Law, disposa que l'exécution

[1] Wahl, *Note*, S., 1901. 4.9, § 1. — M. Guillouard, n. 93, dit que ce marché présente de *grandes analogies* avec le jeu et le pari, et que *le législateur* doit se demander s'il n'y a pas lieu de lui appliquer les mêmes règles. La jurisprudence, comme on va le voir, a admis avant la loi de 1885 que le marché par différence est un jeu ou pari. On a cependant jugé qu'il n'en est rien, les contractants, au lieu de se fier au hasard, se basant sur des prévisions. Trib. civ. Florence, 21 juil. 1900, sous Florence, 24 nov. 1900, S., 1901. 4. 9. Mais cela n'est pas toujours exact et cela fût-il exact que le contrat n'en resterait pas moins une opération faite sur les incertitudes de l'avenir, c'est-à-dire un pari.

du marché à terme pourrait toujours être demandée en justice (1).

Cet arrêt tomba probablement en désuétude (2) ; cela résulte du renouvellement de la prohibition en 1785. Un arrêt du conseil du 7 août 1785, après avoir constaté que, « depuis quelque temps, l'usage des marchés par différence s'est établi et qu'il donne lieu à un agiotage désordonné », renouvelle la prohibition de l'arrêt de 1724 et déclare nuls les marchés « et compromis d'effets royaux et autres quiconques qui se feraient à terme et sans livraison desdits effets ou sans le dépôt réel d'iceux, constaté, dûment contrôlé au moment même de la signature de l'engagement ». En outre, les contrevenants sont passibles d'une amende de 24.000 livres au profit du dénonciateur et sont exclus pour toujours de la Bourse (3).

Un arrêt du 22 septembre 1786, après avoir constaté que le règlement de 1785 était souvent éludé au moyen d'actes et de dépôts fictifs, annule tout marché d'effets ayant cours à la Bourse dont la livraison se trouverait différée au delà de deux mois, délai « qui s'observe dans les plus grandes places de commerce des pays étrangers » ; il exige en outre que les marchés d'effets publics soient signés de l'agent de change à peine de nullité.

48. Le droit intermédiaire commença par confirmer les dispositions de l'ancien droit (L. 8 mai 1791). Puis la loi du 27 juin 1792, le décret du 13 fructidor an III, la loi du 28 vendémiaire an IV, déclarèrent également nulles les ventes de marchandises dont on n'était pas propriétaire au moment de l'engagement. En outre, celui qui spéculait sur les valeurs ou les marchandises voyait ses biens confisqués et était condamné à deux ans de détention après exposition publique avec un écriteau portant le mot : « Agioteur ».

49. Les codes ne s'occupèrent des marchés par différence

(1) Isambert, *Rec. des anc. lois franç.*, XXI, p. 383.

(2) Troplong, n. 105,

(3) Isambert, *op. cit.*, XXVIII, p. 71 s. — Un nouvel arrêt du 2 oct. 1785 permet de substituer au dépôt du titre le dépôt chez un notaire des pièces probantes de la libre propriété.

qu'au point de vue criminel (C. pén., art. 421 et 422). L'article 90 du Code de commerce renvoya à des règlements d'administration publique le soin de régler « la négociation et la transmission de la propriété des effets publics ».

La question de savoir si les marchés à terme faits à découvert sont valables d'après notre loi, fut l'objet de graves difficultés en doctrine et en jurisprudence (1). Depuis la promulgation du Code civil jusqu'en 1823, les cours d'appel jugèrent qu'aucune loi en vigueur ne prohibait de semblables marchés. Une solution exactement inverse prévalut de 1823 à 1832 (2). A cette époque une distinction se fait jour : on ne peut pas valablement vendre à découvert, mais on peut acheter à découvert. Enfin, à partir de 1848, la jurisprudence entre dans une nouvelle voie. Le marché à terme, fait à découvert même par le vendeur, n'est pas prohibé par la loi. Mais, s'il est reconnu que le marché est fictif, il constitue un jeu ou un pari, et par suite il y a lieu à l'application des articles 1965 et 1967 : ce qui conduit à dire que toute action en justice doit être refusée, soit aux agents de change l'un contre l'autre, soit aux clients contre leurs agents de change, soit à ceux-ci contre leurs clients : mais ce qui aura été payé par les uns ou par les autres en exécution du marché ne pourra être répété.

La doctrine avait adopté cette solution.

Cette jurisprudence conduisit à annuler arbitrairement un certain nombre de marchés à terme qui étaient sérieux ; d'un autre côté, elle favorisait l'immoralité : l'agent de change, qui n'opposait jamais l'exception de jeu, payait les différences si le marché tournait à son préjudice, et, dans le cas contraire, il se heurtait souvent à l'exception de jeu, opposée par son client. Elle n'empêchait même pas que les parties, très légalement, ne contractassent un marché à terme avec l'intention de ne pas l'exécuter, car rien n'interdit à une personne qui a acheté des titres livrables à une échéance déterminée, de ven-

(1) V. au sujet des variations de la jurisprudence Lacoste, *Explic. de la loi du 28 mars 1885*, *Revue critiq.*, XVIII, 1889, p. 199 s. et le rapport de Naquet à la Chambre, cité *infra*, n. 50.

(2) Cass., 9 août 1823, S. chr. et autres arrêts.

dre à un tiers les mêmes titres livrables à la même époque, de sorte qu'en dernière analyse les deux marchés se résoudront à son profit ou à son préjudice par une différence.

50. Les nombreuses réclamations que la jurisprudence a soulevées ont provoqué la loi du 28 mars 1885, dont l'article 1er porte : « *Tous marchés à terme sur effets publics et autres, tous marchés à livrer sur denrées et marchandises sont reconnus légaux. — Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article* 1965 *du Code civil, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence.* »

Il s'agit de préciser la portée exacte de la loi nouvelle.

Ce que le législateur a voulu valider, ce qu'il reconnaît légal, c'est le marché à terme tel qu'il se pratique à la Bourse. Or ce marché implique le droit pour l'acheteur de se faire livrer les titres à l'échéance et même plus tôt à son gré, ou de s'en procurer sur la place aux frais du vendeur, et le droit pour le vendeur d'obliger l'acheteur à les recevoir. Cette obligation corrélative n'est pas seulement imposée par l'usage du commerce ; elle est écrite dans les bordereaux qui constatent la conclusion des marchés à terme. Sans doute il arrive souvent que ces marchés n'aboutissent à aucune livraison de titres et se liquident par le paiement de simples différences. Mais ce résultat ne peut provenir que d'une convention postérieure à la conclusion du marché. L'acheteur, qui pouvait l'exiger, ne réclame pas la remise effective des titres, et le vendeur, qui pouvait contraindre l'acheteur à les recevoir, consent à ne pas user de son droit. Or, ainsi que nous l'avons dit plus haut, un fait postérieur ne saurait modifier la nature qu'avait le contrat lors de sa formation.

La jurisprudence, analysant autrement les marchés à terme, maintenait les uns comme sérieux et annulait les autres comme fictifs, en prenant pour base de sa distinction, pour signe caractéristique, l'intention des parties au moment de la conclusion du marché [1] ; l'intention de celui qui

[1] Cass., 21 janvier 1878, S., 78. 1. 269. — Cass., 6 avril 1886, S., 88 1. 207

opposait l'exception de jeu suffisait même pour que le marché fût nul. Système évidemment arbitraire ; car l'intention des parties se manifeste dans le bordereau délivré par l'agent de change ; or ce bordereau, qui est toujours libellé d'une manière identique, exprime d'un côté la vente d'une chose qui doit être livrée et de l'autre l'achat d'une chose qui doit être payée. La variété prétendue des intentions est donc inconciliable avec l'unité constante de la formule employée. Le législateur de 1885 a voulu mettre fin à cette jurisprudence, qui détruit la force obligatoire des contrats, et c'est pour cela qu'il a proclamé la légalité des différentes sortes de marchés à terme pratiqués dans les bourses : marchés fermes, marchés libres ou à primes, reports.

Peu importe donc l'intention des parties, pourvu qu'elles aient gardé *le droit* d'exiger l'exécution tacite du marché à terme (1). C'est ce qu'indiquait beaucoup plus nettement le projet du gouvernement ; il supprimait l'exception de jeu « lorsque l'acheteur a le droit d'exiger la livraison ou que le vendeur a le droit de l'imposer ». La Chambre des députés y substitua ces mots : « . .alors même que ces marchés devaient se résoudre par le simple paiement d'une différence », et c'est le Sénat qui fit prévaloir la rédaction définitive. Le rapport au Sénat indique les raisons de cette modification : « En mettant dans l'article 1er les mots *devraient se résoudre* au lieu de *se résoudraient,* on validerait non seulement les vrais marchés, mais encore les conventions nouvelles inconnues jusqu'ici, innommées, et par lesquelles, au moment même de la transaction, les parties s'engageraient par écrit à ne pas exiger la livraison (2). »

Ces paroles indiquent clairement que la loi n'a pas voulu confirmer purement et simplement la jurisprudence, mais bien écarter l'exception de jeu dans toutes hypothèses où les parties gardent le droit d'exiger l'exécution de la convention. Le rapport fait à la Chambre des députés s'exprime,

(1) Sarrut, *Note*, D., 85. 2. 121 ; Guillouard, n. 113 ; Lacoste, *op. cit.*, p. 261 s. ; Wahl, *Note*, S., 95. 1. 257.

(2) *Journ. Off.*, doc. parl., Sénat, 1884, p. 561.

du reste, dans le même sens [1], ainsi que le rapport de la commission extraparlementaire [2], lequel est devenu l'exposé des motifs du projet du gouvernement.

Ces observations répondent suffisamment à une objection de la doctrine contraire [3], tirée de ce que, dans notre système, la loi aurait confirmé la jurisprudence antérieure et, par conséquent, n'aurait aucune utilité.

51. Toutefois la loi n'a pas entendu suivant nous, et malgré l'avis contraire de la Cour de cassation, valider également les opérations sur effets ou marchandises, dans lesquelles il serait constant que l'acheteur s'est interdit *ab initio* le droit d'exiger la livraison de la chose vendue, et le vendeur le droit de contraindre l'acheteur à recevoir cette livraison. Ces conventions, que dans les travaux préparatoires de la loi nouvelle on a taxées de « conventions inconnues jusqu'ici et innommées », mais qui peuvent cependant se présenter, sinon quand les opérations sont faites par l'entremise d'agents de change, du moins lorsqu'elles sont conclues par des intermédiaires non officiels ou sans aucun intermédiaire, ces conventions, disons-nous, ne sauraient être assimilées à des marchés à terme de bourse ; elles ne constituent que des jeux et paris. Le législateur ne pouvait pas élever le jeu à la hauteur d'un contrat régulier que la magistrature devrait sanctionner. Aussi les auteurs de la loi nouvelle se sont-ils expressément refusés à comprendre les conventions de cette nature dans la disposition qui couvre tous les marchés à terme ; ils ne valident que les marchés « contractés selon les règles » [4].

[1] *Journ. Off.*, doc. parl., Chambre, 1885, p. 242.

[2] *Rev. crit.*, XXI, 1882, p. 473.

[3] Dijon, 18 mars 1891, S.. 91. 2. 53. — Lyon-Caen et Renault, IV, n. 982.

[4] Nancy, 30 nov. 1896, S., 97. 2. 72. — Paris, 15 déc. 1896, S., 97. 2. 69, D., 97. 2. 291. — Paris, 19 déc. 1896 (2 arrêts), S., 97. 2. 69, D., 97. 2. 291. — Rouen, 3 janv. 1897, *Rec. Havre*, 97. 2. 75. — Grenoble, 27 juil. 1897, *Rec. Grenoble*, 98.83. — Paris, 12 mai 1899, *Gaz. Trib.*, 5 nov. 1899.— Trib. civ. Seine, 14 mars 1889, *Loi*, 31 mars 1889. — Trib. civ. Toulouse, 30 déc. 1889, *Gaz. Trib. Midi*, 16 mars 1890. — Lyon, 28 avril 1894, *Droit*, 23 janv 1895, *Mon. jud. Lyon*, 20 nov. 1894. — Rouen, 5 mai 1897, S., 97. 2. 238. — Paris, 11 nov. 1905, D., 1906. 2. 17.— Trib. civ. Carpentras, 26 mars 1895, *Loi*, 14 mai 1895. — Trib. com. Toulouse, 28 mai 1890, *Gaz. Trib. Midi*, 20 juil.

C'est précisément pour mieux exprimer cette volonté que le Sénat a modifié le texte de l'article 1er tel qu'il avait été voté par la Chambre des députés. En effet, sa rédaction pouvait faire surgir des doutes ; elle était, comme nous l'avons dit, ainsi conçue : « Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965 du Code civil *lors même qu'ils* DEVRAIENT SE RÉSOUDRE *par le paiement de simples différences.* » Cette dernière proposition semblait comprendre même ces conventions qui n'ont que l'apparence des marchés à terme et dans lesquelles les parties sont convenues dès le début de ne liquider l'opération que par le paiement d'une différence. Le Sénat y a substitué ces mots : « *lors même qu'ils* SE RÉSOUDRAIENT... », qui ont passé dans la réaction définitive, pour bien marquer que la loi n'a pour but de valider que « les vrais marchés à terme, ceux qui se produisent dans les formes ordinaires et les seules usitées à la Bourse et dans le commerce ».

Nous avons cité un passage du rapport au Sénat qui rend

1890. — Trib. civ. Seine, 3 déc. 1895, *Pand. franç.*, 96. 2. 349, — et les autorités citées ci-après. — Lacoste, *op. cit.*, p. 279 s. ; Guillouard, n. 113 et 116 ; Labbé, *Note*, S., 86. 2. 1 ; Buchère, *Tr. des op. de bourse*, 3e éd., n. 472 et 473; Levé, *Code de la vente comm.*, n. 537 ; Sarrut, *Note*, D., 85. 2, 123 ; Pic, *Note*, D., 97. 1. 177. — Wahl, *loc. cit.*, et *Note*, S., 1901. 4. 9, § 2. et les autoritées citées à propos de la preuve, *infra*, n. 154. — *Contra* Cass. civ., 22 juin 1898, S., 98. 1. 313, D., 99. 1. 5. — Cass. req., 19 mars 1900, S., 1900. 1. 520, D., 1901. 1. 437.— Cass. req., 1er août 1904, S., 1905. 1. 79.— Montpellier, 17 mai 1885 (motifs), S., 86. 2. 1, D., 85, 2. 121.— Paris, 19 juin 1885, S., 86. 2. 1, D., 85. 2. 173. — Dijon, 18 mars 1891, S., 92. 2. 53. — Rouen, 22 juin 1891, *La Loi*, 30 oct. 1891. — Douai, 25 mars 1897, S., 97. 2. 238. — Lyon, 16 nov. 1899, *Gaz. com. Lyon*, 28 juin 1900. — Orléans, 9 janv. 1901, *Loi*, 15 avril 1901. — Poitiers, 16 janv. 1905, *Loi*, 20 fév. 1905. — Trib. com. Lille, 14 mars 1887, *Droit*, 20 avril 1887. — Trib. civ. Seine, 12 mars 1895, *Gaz. trib.*, 13 avril 1905.—Turin, 27 juil. 1897, *Jurispr. ital.*, 1898, p. 66 (pour le droit français). — Florence, 24 nov. 1900, S., 1901. 4. 9 (pour le droit francais). — Génevois, *La nouv. législ. des marchés à terme*, p. 21 s. ; Rendu, *France jud.*, 1885. 1. 203; Deloison, *Tr. des val. mob.*, n. 477 et s. ; Hayem, *Opér. à terme*, p. 150 ; Badon-Pascal, *Loi*, 21 avril 1885 ; Vignes, *Princip. délib. de l'Union des banquiers*, p. 26; Laurin, *Cours élément. de dr. comm.*, n. 128, p. 82, note 1 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, IV, n. 982 ; Frèrejouan du Saint, n. 241 s. ; Berthélemy, *Ann. dr. comm.*, I, 1886-87, p. 295 s. ; Brugada, *Ann. dr. comm.*, III, 1889, *Doctr.*, p. 30 ; Buchère, *Ann. dr. comm.*, 1895, p. 25 s. ; Lacour, *Note*, D., 99. 1. 5.

cette solution certaine, et nous avons ajouté que le rapport à la Chambre est dans le même sens (1).

On oppose d'autres passages des mêmes rapports : « Tous les membres de la commission, dit le rapport au Sénat, reconnaissent que, quand un marché à terme est intervenu, il doit être déclaré valable sans que les tribunaux puissent en aucun cas avoir à rechercher quelle est l'intention de ses auteurs (2)... S'il s'agit d'un marché contracté selon les règles, le marché est valable ; il est couvert par une présomption légale qui empêche les tribunaux de rechercher les intentions premières des parties (3). » Le rapport à la Chambre porte : « Il est bien évident que, par une disposition aussi nette, aussi précise, et qui ne peut avoir pour objet que de couper court aux interprétations arbitraires de la jurisprudence, le législateur entend formellement dénier l'action en justice pour établir le contraire de ce qui résulte des termes du marché. C'est qu'en effet, ou la loi ne veut rien dire, ou elle signifie que le marché constitue la présomption *juris et de jure* contre laquelle nulle preuve n'est admise (4). »

L'opinion qui valide ces marchés par différence déguisés sous des marchés à terme, est contraire au texte de la loi, qui n'autorise que les marchés à terme : les jeux de bourse ne sont pas des marchés à terme. Le rapport du Sénat ne dit pas autre chose : il ne veut pas qu'on tienne compte de l'*intention* des parties, mais il exige qu'on tienne compte des *droits* qu'elles se sont réservés. C'est également ce que signifie le rapport fait à la Chambre.

52. On objecte à tort que l'article 1352 interdit, en cas d'une présomption légale sur le fondement de laquelle la loi dénie l'action en justice, toute preuve. Il ne s'agit pas ici d'une présomption légale : la loi dit simplement que l'acte qualifié marché à terme est bien un marché à terme, ce qui revient à dire que la dénomination adoptée par les parties est réputée exacte ; or cela est vrai de tous les contrats, et

(1) V. *supra*, n. 50.
(2) *Journ. Off.*, doc. parl., Sénat, 1884, p. 561.
(3) *Ibid.*, p. 562.
(4) *Journ. Off.*, doc. parl., Chambre, 1885, p. 242.

cependant il n'est nié par personne que la preuve contraire ne puisse être rapportée.

A supposer que la loi de 1885 pose une présomption légale, cette présomption n'est pas une de celles sur le fondement desquelles la loi dénie l'action en justice. Le joueur qui réclame l'exécution du marché ne se base pas sur le jeu, puisque la loi n'admet pas une semblable action. Il se base sur un marché à terme, et son adversaire oppose l'exception de jeu.

En tout cas les présomptions visées par l'article 1352 admettent la preuve contraire, aux termes mêmes de ce texte, si elle est réservée par la loi ; or nous avons soutenu qu'en validant les marchés *à terme* seuls, la loi réserve implicitement la preuve qu'ils déguisent un jeu, et c'est, par suite, une pétition de principe que de considérer la loi de 1885 comme édictant une présomption légale absolue.

Le système contraire est encore injustifiable au point de vue de l'équité ; c'est favoriser l'hypocrisie que d'interdire les preuves de la simulation, alors que le jeu ouvertement pratiqué est nul ; c'est en même temps établir une différence injustifiable entre le jeu de bourse et le jeu ordinaire. Il suffirait d'adopter la forme d'un contrat permis pour avoir le droit de faire un contrat défendu, et pour échapper à une condition de fond basée sur l'ordre public, à savoir le caractère licite du marché.

Il est clair que l'article 28 de la loi du 28 avril 1893, qui soumet toute opération de bourse, y compris les marchés par différences, à un droit de timbre, n'a pas modifié la législation et n'a pas reconnu la validité des marchés à terme ; ce n'était pas là son objet ([1]).

Nous indiquerons plus loin les modes de preuve qui peuvent être utilisés pour démontrer qu'un marché à terme déguise un jeu de bourse ([2]).

53. La validité des marchés à terme s'applique aux mar-

([1]) Wahl, *Notes*, S., 97. 4. 1, et S., 1901. 4. 9, § 2. — *Contra* Rome, 13 juill. 1895, S., 97. 4. 1.

([2]) V. *infra*, n. 154.

chés à prime (1). L'article 1er de la loi de 1885 déclare, en effet, légaux tous les marchés à terme. Du reste cela a été dit dans l'exposé des motifs de la loi de 1885.

Elle s'applique aussi aux reports (2), qui sont des achats au comptant suivis de ventes à terme. Cela résulte des mêmes raisons.

L'article 1er de la loi de 1885 valide également « tous marchés à livrer sur denrées et marchandises ».

54. La cour de cassation juge avec raison que la loi de 1885 ne rétroagit pas, par argument de l'article 2 du Code civil. La loi nouvelle n'a donc pas privé le débiteur de la faculté d'invoquer l'exception de jeu dont le bénéfice lui était acquis sous l'empire de la législation antérieure (3). En effet, la loi

(1) Guillouard, n. 117.

(2) Guillouard, n. 117.

(3) Cass. req., 18 avril 1887, S., 87. 1. 157, D., 87. 1. 153. — Cass. req., 12 juill. 1888, S., 91. 1. 71, D., 89. 1. 10. — Dijon, 24 avril 1885, S., 86. 2. 1, D., 85. 2. 121. — Paris, 25 avril 1885, S., 86. 2, 1, D., 85. 2. 121. — Montpellier, 7 mai 1885, S., 86. 2. 1, D., 85. 2. 121. — Nîmes, 30 déc. 1886, *Mon. Lyon*, 17 sept. 1887. — Lyon, 4 juin 1885, S., 86. 2. 1, D., 85. 5. 172. — Lyon 6 juin 1885, D., 85. 2. 121. — Paris, 17 juin 1885, D., 86. 2. 253. — Toulouse, 2 juil. 1885, S., 86. 2. 1, D., 85. 5. 172. — Nancy, 25 juil. 1885, S., 86. 2. 1., D., 85. 5. 172. — Paris, 2 juil. 1885, D., 85. 5. 172. — Paris, 30 juil. 1885, *Mon. jud. Lyon*, 9 déc. 1885. — Paris, 9 juin 1888, *Loi*, 10 juil. 1888. — Aix, 29 déc. 1885, *Bull. d'Aix*, 86. 275. — Nancy, 27 nov. 1885, D., 85. 5. 172. — Amiens, 3 avril 1887, *Rec. Amiens*, 87. 198. — Caen, 28 avril 1887, *Rec. Rouen*, 87. 197. — Rouen, 3 déc. 1886, *Rec. Rouen*, 86. 1. 201. — Paris, 16 mai 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2, *Suppl.*, 48. — Rouen, 28 janv. 1888, *Rec. Rouen*, 88. 195. — Lyon, 31 janv. 1889, *Mon. jud. Lyon*, 23 mars 1889. — Bordeaux, 23 déc. 1885, *Loi*, 10 mars 1886. — Lyon, 27 janv, 1886, *Loi*, 16 mars 1886. — Lyon, 1er fév. 1886, *Loi*, 3 mars 1886. — Paris, 27 mars 1886, *Loi*, 22 avril 1886. — Bordeaux, 6 mai 1890, *Rec. Bordeaux*, 90. 1. 385. — Trib. civ. Seine, 12 mai 1892, *Droit*, 17 juin 1892. — Trib. civ. Seine, 22 janv. 1887, *Loi*, 3 fév. 1887. — Trib. civ. Seine, 9 nov. 1898, *Droit*, 1er fév. 1899. — Lepelletier, *Rapport*, sous Cass. req., 18 avril 1887, précité, D., 87. 1. 153 ; de Vareille-Sommières, *De la rétroactivité des lois*, *Rev. crit.*, XXII, 1893, p. 500, n. 72 ; Thaller, *Rev. crit.*, XV, 1886, p. 299 ; Lacoste, *op. cit.*, p. 337 s. ; Bonfils, *Rev. crit.*, XVII, 1888, p. 433 ; Coulon, *Comment. de la loi sur les marchés à terme*, p. 29 et 30 ; Guillouard, n. 119 ; Labbé, *Note*, S., 86. 2. 1 ; Sarrut, *Note*, D., 85. 2. 121 ; Frèrejouan du Saint, n. 246 ; Thaller, *Ann. dr. comm.*, I, 1886-87, *Doctr.*, p. 109 ; Bailly, *Rev. bourguign. de l'enseign. supérieur*, II, 1892, p. 753 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Tr. des personnes*, I, n. 158 ; Ch. Beudant, *Cours de dr. civ. franç.*, *Intr.*, n. 144 ; Huc, *Comment. du C. civ.*, I, n. 74. — *Contra* Paris, 17 mai 1885, D., 85. 2. 121. — Paris, 6 juin 1885, S., 86. 2. 1, D., 85. 2. 124. — Paris, 19 juin 1885, S., 86. 2. 1, D., 85. 2. 173. —

nouvelle modifie la jurisprudence et ne l'interprète pas ; or il est de principe que l'effet rétroactif ne s'attache pas aux lois modificatives du droit antérieur ; non seulement une modification a été réellement introduite, mais les travaux préparatoires montrent qu'on a eu l'intention de l'introduire ; du reste, la loi de 1885 ne pouvait rétroagir sans léser des droits acquis.

On objecte qu'il s'agit d'une loi d'ordre public, la jurisprudence antérieure admettant l'exception de jeu par des considérations d'intérêt général et la loi de 1885 l'écartant par les considérations inverses. Ce n'est pas, à notre avis, une raison suffisante : il y a peu de lois qui ne soient pas d'ordre public et cependant il y en a peu également qui rétroagissent.

V. *Loteries.*

55. La loterie est l'entreprise en vertu de laquelle un ou plusieurs objets ou *lots* sont tirés au sort entre un nombre déterminé et plus considérable de personnes qui, moyennant une certaine somme, ont acquis le droit de participer au tirage.

56. Les chances de gain peuvent porter : soit sur des sommes d'argent variant malgré la valeur uniforme des billets, soit sur des sommes d'argent variant suivant le prix du billet (c'est le système des loteries publiques allemandes).

57. Le contrat de loterie peut se former par la souscription d'un billet (1).

Il peut également se former par le fait que celui à qui un billet de loterie a été envoyé le garde sans réclamer (2).

Nîmes, 2 avril 1886, *Loi*, 7 mai 1886. — Genevois, *La nouv. législ. des marchés à terme*, p. 17. — Toutefois le perdant qui a souscrit, depuis la loi de 1885, des billets reconnaissant sa dette tombe sous l'application de cette loi. — Aix, 21 avril 1887, *Rec. Marseille*, 87. 1. 296. — Thaller, *Ann. dr. comm.*, II, 1888, *Doctr.*, p. 247.

(1) Gareis, *loc. cit. infra*.

(2) V. cep. Gareis, *loc. cit. infra* ; Stobbe, *op. cit. infra*, § 195, p. 344. — Busch's *Arch. f. Handelsrecht*, XXVII, p. 156.

58. La loterie, privée ou publique, a toujours été très répandue dans les divers pays (1).

Divers arrêts du parlement, ordonnances et édits interdisaient la loterie.

L'arrêt du conseil du 20 septembre 1776 subordonne la loterie à l'autorisation royale, sous peine d'amende.

Pendant longtemps la loterie fut organisée comme institution royale au profit du trésor public (2).

59. Le droit intermédiaire, après avoir interdit toutes les loteries sauf la loterie d'État (L. 28 vend. an II), supprima la loterie nationale (décr. 25 brumaire an II), puis la rétablit (décret 9 vendémiaire an VI).

Elle fut définitivement supprimée par les lois des 22 février 1829, 21 avril 1832 et 21 mai 1836. Cette dernière loi, qui est encore aujourd'hui en vigueur, interdit toutes loteries, sauf, avec l'autorisation du gouvernement, les loteries d'objets mobiliers exclusivement destinées à des actes de bienfaisance et à l'encouragement des arts.

60. La loterie est interdite sous des peines criminelles (3).

La loterie, étant interdite, est illicite et ne donne lieu à aucune action (4). On la considère d'ailleurs, avec raison, comme un jeu de hasard.

(1) V. notre *Tr. théor. et prat. des titres au porteur*, n. 211 s., n. 242.

(2) En 1539, la *blanque* fut créée par François Ier sous prétexte de faire cesser les inconvénients des jeux et pour donner un aliment à ceux qui « faute de jeux honorables permis » se livraient à des jeux de hasard (Isambert, *Recueil des anciennes lois franç.*, XII, p. 560). — 11 mai 1700 : Arrêt du conseil créant à l'Hôtel de ville de Paris une loterie royale de 10 millions de livres en capital, produisant 500.000 livres de rente viagère au denier vingt, distribuées en lots de 20.000 à 300 livres de rente (Isambert, *op. cit.*, XV, p. 356). — 22 janv. 1741 : Édit créant une loterie générale au profit des œuvres pies. — 7 déc. 1754 : Loterie de l'Hôtel de Ville. — Arrêt du conseil, 30 juin 1776 : Loterie d'État.

(3) L. 21 mai 1836, art. 2 : « Sont réputées loteries et interdites comme telles les ventes d'immeubles, meubles ou marchandises effectuées par la voie du tirage au sort, et auxquelles auraient été réunis des primes ou autres bénéfices dus au hasard, et généralement toutes opérations offertes au public, pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort. »

(4) Cass. req., 18 déc. 1899, S., 1903. 1. 13. — Paris, 29 déc. 1868, S., 69. 2. 53. — Douai, 6 août 1883, cité par Rousseau, *De la vente à crédit des oblig. à lots*, p. 54. — Lyon, 19 juil. 1898, S., 1901. 2. 257. — Trib. civ. Seine, 9 janv. 1891, *Le Droit*, 14 mars 1891. — Bruxelles, 27 mai 1886, *Journ. dr. int.*, XV, 1888, p. 858. — Frèrejouan du Saint, n. 211 ; Wahl *Notes*, S., 1901. 2. 257 et

Elle est donc nulle même si elle n'est pas offerte publiquement, quoique, dans ce cas, elle ne tombe pas sous le coup de la loi pénale ; car elle n'en est pas moins un jeu.

61. Il y a intérêt soit au point de vue criminel, soit au point de vue civil, à distinguer entre les loteries et les jeux de hasard : 1° La loterie peut être autorisée par l'administration (L. 21 mai 1836, art. 5), elle cesse alors d'être illicite, et, par suite, ne tombe plus sous le coup des lois criminelles et donne lieu à une action de justice. Au contraire, une loi seule peut rendre légal un jeu de hasard.

2° La loterie est l'opération dans laquelle « le gain est acquis par la voie du sort » (L. 1836, art. 2), c'est-à-dire dépend d'un pur hasard ; dans le jeu de hasard, il n'y a de hasard que pour celui qui joue ; ce dernier n'a pas les éléments nécessaires pour savoir si l'événement qui doit le faire gagner se produira, mais cet événement ne dépend pas exclusivement du hasard (1).

De là il faudrait conclure que le pari mutuel ou pari au totalisateur, où le gain dépend du succès d'un cheval, est un jeu et non une loterie (2).

62. Le tirage au sort, entre les acquéreurs ou les copropriétaires d'une chose, de cette chose est une loterie (3).

Au contraire l'émission d'obligations à primes n'est pas une loterie (4), car le gain résultant de la prime est affecté à tous les obligataires. Il en est de même du contrat par lequel des sommes égales sont payables à des époques diver-

S., 1903. 1. 133; Gareis, *Holtzendorff's Rechslexikon*, v° *Loterie (privatrechtlich)*. — *Contra* Stobbe, *Handbuch des deustch. Privatrechts*, III, 1878, § 195.

(1) Villey, *Note*, S., 90. 1. 234.

(2) Cass. crim., 18 juin 1875, S., 75. 1. 386, D., 75 1. 445. — Saint-Luc Courberieu, *Rapp.* sous Cass., 18 juin 1875, précité; Villey, *Note*, S., 90. 1. 233. — *Contra* Cass. crim., 3 mai 1889, S., 90. 1. 233. — Cass. crim., 7 juin 1889, S., 90. 1. 233. — Rouen, 3 août 1889, S., 90. 2. 101. — De Larouverade, *Rapp.* sous Cass., 3 mai 1889, précité.

(3) V. cep. Frèrejouan du Saint, n. 188.

(4) Cass. crim., 14 janv. 1876, S., 76. 1. 433. — Sénart, Crémieux et autres, *Consultation*, *Gaz. Trib.*, 14 et 15 mars 1870 ; Frèrejouan du Saint, n. 194. — V. cep. Villey, *Note*, S., 76. 1. 133. — Cependant l'émission d'obligations sans intérêt remboursables à *un taux différent* dans une période déterminée est une loterie. — Paris, 25 mars 1870, S., 70. 2. 313. — Frèrejouan du Saint, n. 199.

ses et désignées par le sort à des personnes ayant fait en même temps un versement identique [1].

Mais l'émission d'obligations à lots constitue une loterie [2].

63 La loterie gratuite donne lieu à une action en justice [3]; elle n'est pas un contrat aléatoire, puisque le contrat aléatoire est essentiellement à titre onéreux ; d'ailleurs elle ne présente aucun des inconvénients du contrat de jeu.

§ III. *Effets et conditions de validité des jeux et paris licites.*

64. Les jeux qui peuvent favoriser le développement du corps méritent d'être encouragés et c'est pour ce motif que la loi sanctionne à l'aide d'une action la convention par laquelle les parties, en intéressant ces jeux, les rendent par cela même plus sérieux. Mais cela suppose que l'enjeu est modéré ; s'il est excessif, les parties ont été dominées par une pensée de lucre : le motif de l'exception n'existe plus, et l'on doit par conséquent rentrer dans la règle. Aussi l'article **1966** alinéa **2** dispose-t-il : « *Néanmoins le tribunal* « *peut rejeter la demande, quand la somme lui paraît exces-* « *sive.* » Nous verrons que la loi permet seulement au tribunal de rejeter la demande ; il n'a donc pas le droit de la réduire.

« Si, disait Portalis, le gain ou le prix convenu est immo-

(1) Cass. crim., 24 avril 1902, S., 1903. 1. 156. — Lyon, 5 avril 1901, S., 1902. 2. 92. — Wahl, *Notes*, S., 1901. 2. 257 et S., 1903. 1. 133. — *Contra* Cass. req., 18 déc. 1899, S., 1903. 1. 133. — Lyon, 19 juil. 1898, S., 1901. 2. 257.

(2) Cass., 14 janv. 1876, S., 76. 1. 433. — Cass., 8 juil. 1882, S., 83. 1. 233. — Nancy, 1er déc. 1886, S., 87. 2. 54. — Duvergier, *Collect. des lois*, 1836, p. 85, note 1 ; Frèrejouan du Saint, n. 195.

(3) Cpr. Frèrejouan du Saint, n. 189. — V. cep. Lyon, 11 avril 1892, S., 92. 2. 314 (cet arrêt va jusqu'à dire que la loterie gratuite est réprimée par la loi criminelle). — Le fait par un journal de donner en prime à certains de ses abonnés des billets de théâtre tirés au sort est une loterie non gratuite. — Paris, 13 fév. 1883, S., 85. 2. 179. — Frèrejouan du Saint, n. 193. — Il en est encore de même du tirage au sort d'une valeur de bourse. — Frèrejouan du Saint, *loc. cit.* — Il en est encore de même du tirage au sort entre individus non abonnés, car il n'a pas lieu dans une intention libérale. — Lyon, 11 avril 1892, précité. — *Contra* Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

déré, il devient illicite, parce que, dès lors, la cause d'un tel gain cesse d'être proportionnée à l'objet qui doit le produire [1]. Le jeu, quel qu'il soit, n'est qu'une récréation et il y aurait du danger à le laisser dégénérer en commerce. Tous les jeux qui passent certaines bornes sont injustes, parce qu'ils n'ont point d'autre cause que la corruption du cœur et l'égarement de l'esprit. »

65. Dans la jurisprudence de l'ancien droit, rappelée par Pothier [2], déjà les jeux permis ne donnaient pas lieu à une action en justice si la somme perdue était excessive et nous avons vu qu'une règle analogue avait été édictée par Justinien [3].

66. Pour apprécier si l'enjeu est excessif, le juge doit rechercher la fortune des parties, leur condition et la nature du jeu [4].

Quant aux habitudes des joueurs, elles peuvent également servir à décider que l'enjeu de leur part n'est pas excessif [5].

67. Si l'enjeu est excessif, le juge doit rejeter l'action et ne peut se contenter de réduire la demande [6]; cela résulte du texte et cela est conforme aux motifs invoqués par Pothier et par les travaux préparatoires ; car, du moment que le jeu devient illicite, il doit être traité comme s'il était illicite par sa nature même.

68. Le paiement d'une dette de jeu excessive est valable lorsqu'il est fait volontairement au sens de l'article 1967 [7]; car, après que l'article 1966 a annulé la dette excessive, l'article 1967 ajoute : « *Dans aucun cas* le perdant ne peut

(1) *Exposé des motifs*, Fenet, XIV, p. 541. — V. aussi Rapport de Siméon au Tribunat, Fenet, XIV, p. 551, et Discours de Duveyrier au Corps législatif, Fenet, XIV, p. 561.

(2) N. 51 : « La fin de ces jeux n'est plus alors celle de faire connaître son habileté dans un exercice utile, mais celle de s'enrichir en dépouillant ceux contre qui on joue, qui est une fin déshonnête. »

(3) V. *supra*, n. 21.

(4) Guillouard, n. 53.

(5) Pont, I, n. 619. — *Contra* Guillouard, n. 53.

(6) Duranton, XVIII, n. 111 ; Troplong, n. 51; Pont, I, n. 619; Aubry et Rau, IV, p. 577, § 356, note 16 ; Laurent, XXVII, n. 199; Guillouard, n. 53.

(7) V. *infra*, n. 85.

répéter ce qu'il a volontairement payé [1]. » Au surplus, il existe ici, comme dans le cas où le jeu est illicite, une dette naturelle et le paiement d'une dette naturelle est définitif quand il est fait volontairement.

69. Les paris excessifs sont nuls comme les jeux excessifs ; cela résulte de ce que la loi entend par jeu à la fois le jeu et le pari ; d'autre part, cela a été dit formellement dans les travaux préparatoires [2].

70. Pour qu'un jeu ou pari autorisé donne lieu à une obligation valable, il faut que le perdant ait eu la capacité de s'obliger [3]. C'est ce que disait Pothier [4].

Ainsi la femme mariée ne peut s'obliger par le jeu sans l'autorisation du mari [5]. De même le mineur ne peut s'obliger par le jeu [6].

71. Le consentement des parties doit être, comme le disait Pothier [7], parfait.

Il en concluait avec raison que si l'un des joueurs est dans un état d'ivresse tel qu'il est entièrement privé de l'usage de sa raison, son engagement est nul [8].

72. Le joueur dont le consentement est entaché de dol ou de violence ne peut être tenu d'exécuter son engagement [9].

Conformément au droit commun, une simple réticence n'équivaut pas au dol et n'autorise pas la demande en nullité de la convention. Ainsi le fait par une personne de dissimuler sa force et d'amener ainsi son adversaire à mettre un enjeu considérable n'équivaut pas au dol [10].

73. Si même la force de l'un des joueurs est telle que la partie doive être nécessairement gagnée par lui, le contrat

(1) Pont, I, n. 652 ; Guillouard, n. 82.
(2) Rapport de Siméon au Tribunat, Fenet, XIV, p. 551.
(3) Guillouard, n. 57.
(4) N. 8.
(5) Discours de Duveyrier au Corps législatif, Fenet, XIV, p. 561
(6) Discours précité de Duveyrier ; Guillouard, n. 57.
(7) N. 8.
(8) N. 8 et 13.
(9) Guillouard, n. 58.
(10) *Contra* Pont, I, n. 616 ; Guillouard, n. 58.

reste valable ([1]) ; on objecte qu'il n'y a pas d'aléa : il y a aléa dans la pensée des parties et cela suffit.

A plus forte raison faut-il rejeter la solution de Pothier ([2]), qui exigeait qu'il y eût « égalité de risques » c'est-à-dire que le succès de chacune des parties fût également vraisemblable ([3]).

74. Dans tous les cas, le jeu est valable même si la mise des parties est inégale ([4]) ; ce n'est pas, comme le disait Pothier ([5]), qu'il y ait donation de la part de celui dont la mise est la plus forte ; c'est que cette inégalité de mises n'est pas en désaccord avec le caractère aléatoire du contrat ([6]).

75. Mais si le gain d'un joueur est amené par des manœuvres frauduleuses, c'est-à-dire par des tricheries, il n'a évidemment aucune action contre son adversaire ([7]). C'est ce que disait déjà Pothier ([8]),

76. Le porteur d'un billet de loterie peut exiger le tirage, même si tous les billets ne sont pas placés ([9]).

Le tirage doit, même en ce cas, avoir lieu dans les conditions fixées par le prospectus d'émission ([10]).

77. L'établissement qui émet des obligations à lots peut valablement stipuler que les obligations non libérées à temps seront déchues du droit aux lots que le tirage au sort pourra éventuellement leur affecter ([11]).

Il est nécessaire seulement que cette clause soit portée à la connaissance des souscripteurs ([12]).

78. Aucune mise en demeure n'est nécessaire pour que la

([1]) *Contra* Guillouard, n. 59.
([2]) N. 8 et 19.
([3]) Guillouard, n. 59.
([4]) Guillouard, n. 59.
([5]) N. 20.
([6]) Guillouard, n. 59.
([7]) Guillouard, n. 60.
([8]) N. 8.
([9]) Gareis, *loc. cit.* — *Contra* Frèrejouan du Saint, n. 213.
([10]) Gareis, *loc. cit.*
([11]) V. notre *Tr. du prêt*, 2e édit., n. 743.
([12]) Orléans, 14 juin 1893, S., 93. 2. 270.

déchéance se produise (1). Car l'émettant ne réclame pas la résolution de la convention ou des dommages-intérêts.

79. Cette déchéance ne profite qu'à la société ; les autres obligataires ne peuvent exiger qu'il soit procédé à un nouveau tirage pour le lot sur lequel a porté la déchéance (2).

80. Lorsque les billets de loterie sont au porteur, ce qui est de beaucoup le cas le plus habituel, il suffit, pour avoir droit au lot gagné, de présenter le billet ; le porteur n'a pas à justifier de sa propriété (3).

81. C'est au propriétaire lors du tirage, et non pas au propriétaire lors du payement, que le lot est dû (4).

82. Si le titre n'est pas présenté, la propriété de ce titre suffit, si elle est démontrée, pour donner droit au lot.

Mais cette propriété ne peut être démontrée que conformément au droit commun.

Par suite, si le lot réclamé était supérieur à 150 francs, la preuve par témoins n'est pas reçue (5), sauf le cas de destruction du titre.

83. Si plusieurs billets portent le numéro gagnant, le lot doit être payé aux porteurs de chacun de ces billets (6).

84. Le porteur d'un titre dont le numéro n'a pas, par suite d'une erreur, été mis au nombre de ceux qui prenaient part au tirage des lots, a droit à une indemnité (7).

(1) Paris, 9 janv. 1890, précité (au moins pour les titres au porteur). — Orléans, 14 juin 1893, précité. — Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

(2) Orléans, 14 juin 1893, précité. — Trib. civ. Seine, 6 janv. 1887, sous Paris, 9 janv. 1890, S., 91. 2. 91. — Frèrejouan du Saint, n. 222.

(3) Il n'a pas à prouver davantage que le billet s'adapte à la souche dont il a été extrait. — Cass., 21 déc. 1853, D., 54. 5. 472. — Frèrejouan du Saint, n. 213 et 223.

(4) Trib. civ. Seine, 21 déc. 1892, *Gaz. Trib.*, 22 déc. 1892. — Frèrejouan du Saint, n. 216.

(5) Paris, 20 oct. 1891, *Droit*, 31 oct., *Gaz. Pal*, 91. 2. 482. — Trib. civ. Seine, 20 juin 1891, *Droit*, 2 août, *Gaz. Trib.*, 12 juil. — Frèrejouan du Saint, n. 213.

(6) Paris, 18 mars 1853 (2 arrêts), S., 53. 2. 209. — Frèrejouan du Saint, n. 214.

(7) Dans une hypothèse où il s'agissait d'une obligation à lot, l'indemnité a été composée 1° des intérêts de l'obligation retenus en vue des lots, 2° d'une part, pour chaque tirage, dans le fonds formé à l'aide des retenues, 3° et du montant de l'obligation. — Trib. civ. Seine, 30 mars 1853, S., 53. 2. 209. — Un autre système divise, pour calculer l'indemnité, le total des lots par le nombre des

§ IV. *Effets des jeux et paris illicites.*

I. *Nature de l'obligation. — Paiement.*

85. L'article 1965 (1) nous a appris que le jeu et le pari n'engendrent pas d'obligation civile, c'est-à-dire d'action en justice ; car le propre de l'obligation civile est d'être munie d'une action. Mais ils donnent naissance à une obligation naturelle (2). C'est du moins ce qui paraît résulter de l'article 1967 : « *Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce « qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu de la « part du gagnant dol, supercherie ou escroquerie.* » Ce texte ne fait qu'appliquer aux dettes de jeu ou de pari la règle générale formulée par l'article 1235 alinéa 2, aux termes « duquel : « La répétition n'est pas admise à l'égard des « obligations naturelles qui ont été volontairement acquit- « tées. »

Dans une autre opinion, la dette de jeu n'est même pas une obligation naturelle (3) ; on dit en ce sens qu'une obligation illicite ne saurait être naturelle. On ajoute que la tradition historique est dans le même sens ; car à Rome, où l'obligation naturelle interdisait la répétition des sommes payées, les sommes payées à titre de jeu pouvaient être répétées, et cela même pendant un temps supérieur à la durée ordinaire de la prescription ; l'ancien droit admettait aussi que le jeu ne produisait pas d'obligation naturelle (4); ainsi

obligations. — Devilleneuve, *Note*, S., 53. 2. 209. — Dans un troisième système, il faut ajouter à la somme ainsi obtenue une somme représentant l'espérance de gagner que pouvait avoir le porteur des billets. — Frèrejouan du Saint, n. 215.

(1) V. *supra*, n. 28.

(2) Cass., 30 mai 1838, S., 38. 1. 753. — Colmar, 29 janv. 1841, S., 42. 2. 492. — Douai, 8 août 1857, D., 58. 2. 46. — Rome, 15 oct. 1898, S., 99. 4. 38. — Larombière, *Th. et prat. des oblig.*, art. 1235, n. 6 ; Aubry et Rau, IV, p. 574, § 386, note 2 ; Laurent, XXVII, n. 194 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 178 *bis*, I; Guillouard, n. 31 à 36 et 61 s.

(3) Cass. belg., 19 nov. 1891, *Pasicr.*, 92. 1. 18. — Vidal, *Rev. étr. et franç. de législ.*, VIII, 1842, p. 377 ; Garsonnet, I, p. 462, § 116, note 14 ; Mesdach de ter Kiele, *Conclusions*, sous Cass. belg., 19 nov. 1891, précité ; Hanssens, *Ann. dr. comm.*, VII, 1893, *Doctr.*, p. 258; Planiol, II, n. 2110.

(4) De Maulde, *Cout. et régl. de la République d'Avignon, Nouv. rev. hist. du dr.*, 1877, p. 222.

l'ordonnance de 1629 (art. 138) dit que les dettes de jeu sont « nulles et de nul effet et déchargées de toutes obligations *civiles et naturelles* ». Les travaux préparatoires disent également qu'il n'y a pas dans le jeu une cause d'engagement (1) ou « une cause licite d'obligation » (2).

Dans ce système, le refus d'action s'explique par la maxime *quum dantis et accipientis turpitudo versatur, cessat repetitio.*

Ces considérations sont de peu de valeur : la tradition historique n'a aucune importance, car si à Rome la répétition était autorisée, il en est autrement aujourd'hui, et quant à l'ordonnance de 1629 le code civil n'en a pas reproduit les termes. On peut être, d'ailleurs, surpris de voir refuser le caractère d'obligation naturelle à une obligation qui produit des effets importants.

86. Un autre système, qui ne trouve sa base nulle part, veut que si le jeu est modéré, il soit licite et il en résulte une obligation naturelle, mais que la solution soit différente dans le cas contraire (3).

87. Aux yeux de certains auteurs, l'obligation résultant du jeu est non pas seulement naturelle, mais civile (4). On se fonde sur ce que la répétition est interdite non pas seulement, comme en matière d'obligation naturelle, si le payement est volontaire, mais aussi dans le cas contraire, et à moins de dol ou de supercherie. Du reste, ajoute-t-on, la raison pour laquelle la loi réduit une obligation au rang d'une obligation naturelle est que l'existence de cette obligation est difficile à constater, et c'est pour un tout autre motif, c'est à raison de son caractère illicite, que la créance du jeu est privée d'action. D'autre part, l'article 1964 énumère le jeu au nombre des contrats aléatoires, c'est-à-dire de véritables contrats, et les articles 1965 et suivants en étudient les effets, ce qui suppose également un contrat civil.

(1) Exposé des motifs de Portalis, Fenet, XIV, p. 539.
(2) Rapport de Siméon au Tribunat, Fenet, XIV, p. 550.
(3) Troplong, n. 189 et 190.
(4) Pillette, *Du jeu et du pari*, *Rev. pratiq.*, 1863, I, p. 442; Pont, I, n. 603; Frèrejouan du Saint, n. 17 et 21.

Il y a, selon nous, quelque chose d'étrange et d'inadmissible dans cette qualification du jeu, qui, au lieu de produire ses pleins effets, comme les contrats ayant force d'obligation civile, ne produit que des effets limités.

L'opinion que nous venons d'exposer est également contraire à la tradition ; car, en limitant les effets de l'obligation du jeu, le droit romain et l'ancien droit lui refusaient implicitement le caractère d'obligation civile. C'est, du reste, ce que dit Pothier en termes catégoriques (1) : « La convention, dit-il, est privée d'exécution *dans le for extérieur* ; mais le contrat, quoique fait en contravention de la loi, ne laisse pas d'exister, et lorsqu'il ne renferme en soi aucune injustice de l'une des parties envers l'autre, *il oblige dans le for de la conscience.* »

Quant aux travaux préparatoires, ils ne disent pas autre chose que l'article 1964 lui-même.

88. La nullité du jeu de bourse est, quant à ses effets, réglée par les articles 1965 et suivants ; c'est donc que la dette produit une obligation naturelle (2).

Cependant certains auteurs préfèrent nier l'existence de l'obligation naturelle, par la raison qu'il s'agit ici de jeux illicites et réprimés par la loi criminelle (3). Mais le jeu ordinaire n'est-il pas également illicite ?

89. A Rome, non seulement l'action en répétition était admise, mais elle pouvait être exercée, à défaut du perdant ou de ses héritiers, par le président de la province, les défenseurs de la cité et le fisc (4).

En outre, Justinien décida que l'action en répétition ne se prescrirait que par cinquante ans (5). Enfin l'action était au quadruple.

90. On admettait, au contraire, dans l'ancien droit que les sommes payées à titre de dettes de jeu ne pouvaient être

(1) N. 55.
(2) Guillouard, n. 103.
(3) Pont, I, n. 627 ; Aubry et Rau, IV, p. 580, § 386, note 29.
(4) L. 1, § 3, D., *de aleat.*, 11. 5. — L. 1, C., *de aleat.*, 3. 43.
(5) L. 3, C., *de aleat.*, 3. 43.

répétées [1]. Cependant certains auteurs restreignaient cette solution au cas où le perdant avait proposé de jouer [2].

D'après Pothier [3], les pays de droit écrit, à l'exemple du droit romain, interdisaient la répétition.

Certains canonistes et jurisconsultes admettaient la répétition de la dette de jeu [4].

L'ordonnance de février 1566 [5] autorisait la répétition des sommes payées à titre de dettes de jeu par un mineur, et interdisait ainsi implicitement la répétition des sommes payées par un majeur. Au contraire la déclaration du 30 mai 1611 et l'ordonnance du 20 décembre 1612 ordonnent la « restitution des deniers ou autres choses » perdus aux jeux de cartes ou de dés.

L'ordonnance de janvier 1629 [6] rappelle cette disposition [7]. Puis elle dispose que les sommes perdues au jeu par les mineurs peuvent être répétées par les père et mère, aïeuls et aïeules et tuteurs, et que si un immeuble avait été joué, perdu et délivré, il restait chargé de l'hypothèque légale de la femme et soumis à l'action des créanciers du perdant, même si la délivrance avait été déguisée sous forme de vente ou d'échange.

(1) *Jostice et plet*, 20. 17. — De Maulde, *Cout. et règlements de la République d'Avignon*, *Nouv. rev. hist. du droit*, I, 1877, p. 222.— Arrêt de Grenoble, 20 fév. 1685, cité par l'annotateur de Chorier, *La juripr. de Guy-Pape*, 2e éd., 1669, liv. IV, sect. 8, art. 10, p. 272.— Pothier, n. 53. — *Contra* Sentence du lieutenant criminel de Lyon, citée par Gayot de Pitaval, *op, cit.*, p. 215.

(2) Chorier, *loc. cit.*, quest. 581.

(3) N. 53.

(4) Guinner, sur le titre de la *Pragmatique De spectaculis in Ecclesia non faciendis* ; Brunemannus, sur le tit. *de aleatoribus* au Code ; Jean Faber, liv, III au Cod., tit. 43.

(5) Art. 59 : « Et parce que nous avons entendu que plusieurs de nos sujets, mineurs en bas âge, aient été tirés par induction, à jeux de hasard, auxquels ils ont perdu et consumé leur jeunesse et leur substance, avons ordonné que les deniers et biens perdus en tels jeux pourront être répétés par les mineurs, leurs pères, mères, tuteurs et curateurs ou proches parents, et voulons iceux biens leur être rendus..., sans par ces présentes approuver tels jeux entre majeurs, pour le regard desquels entendons les ordonnances de nos prédécesseurs être gardées. » Isambert, *op. cit.*, XIV, p. 205.

(6) Isambert, *op. cit.*, p. 266.

(7) Elle ne fait même pas allusion à l'ordonnance de 1566, et maintient simplement l'arrêt de 1611 (art. 141).

91. La solution du Code civil est préférable à celle du droit romain ([1]). Cette dernière avait l'inconvénient de soulever le scandale. D'autre part, comme on l'a fait remarquer dans les travaux préparatoires ([2]), si, obéissant à sa conscience, le perdant a payé sa dette, la loi ne peut équitablement réformer le payement qu'il a fait lui-même.

On a objecté que la loi encourage ainsi indirectement le jeu ([3]); cela vaut mieux encore que d'encourager le scandale.

92. Par application de l'article 1967, la répétition d'un lot payé au porteur d'un billet d'une loterie prohibée n'est pas admise.

La répétition ne peut être admise même dans le cas d'une loterie punie criminellement ([4]).

93. En cas de payement volontaire d'une dette née d'un jeu de bourse, l'action en répétition n'est pas plus admise qu'en matière de jeu ordinaire ([5]), soit par application de l'article 1967, soit, si on rejette cet article, de la règle *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*. Cependant on sait que la persistance de cette maxime dans notre droit est très contestée.

94. Pour être valable, le payement doit, aux termes de l'article 1967, être volontaire ; c'est l'expression également employée par l'article 1235 au sujet des obligations naturelles, et, comme la dette du jeu fait naître une obligation naturelle, ce mot a le même sens dans les deux dispositions ([6]). Le paiement doit avoir été fait avec la connaissance de la nullité de l'engagement ([7]).

([1]) Guillouard, n. 28 et 75.

([2]) Discours du tribun Duveyrier au Corps législatif, Fenet, XIV, p. 560.

([3]) Laurent, XXVII, n. 207.

([4]) Frèrejouan du Saint, n. 211.

([5]) Cass., 25 janv. 1827, S. chr. — Cass., 27 janv. 1852, S., 54. 1. 140, D., 52. 1, 291. — Cass., 2 août 1859, S., 59. 1. 817, D., 59. 1. 292. — Cass., 24 juil. 1866, S., 67. 1. 24, D., 66. 1. 388. — Cass., 16 mars 1891, S., 92. 1. 10. — Paris, 26 août 1825, S. chr. — Paris, 16 juil. 1851, S., 51. 2. 512, D., 52. 2. 95. — Paris, 29 nov. 1858, S., 59. 2. 81. — Paris, 19 janv. 1867, S., 67. 2. 87, D., 67. 2. 387. — Paris, 27 juin 1867, S., 68. 2. 229. — Pont, I, n. 627 ; Aubry et Rau, IV, p. 583, § 386, note 29 ; Guillouard, n. 105. — V. *infra*, n. 446 s.

([6]) Guillouard, n. 76.

([7]) Cass. Belgique, 9 juil. 1896, *Pasicr.*, 96. 1. 242. — Garsonnet, I, p. 462, § 116, note 12.

Le paiement est donc nul s'il a été fait sous l'empire du dol [1] et de la violence [2].

De même l'article 1967 ne tient aucun compte du jeu perdu par le dol, supercherie ou escroquerie, de sorte qu'en ce cas le payement, même volontaire, donne lieu à une action en répétition. C'est d'ailleurs aussi ce qui résulte des travaux préparatoires [3].

95. Il faut encore que le paiement ne soit pas entaché d'une de ces erreurs qui annulent les actes en général.

Cela est certain pour l'erreur de fait. Ainsi l'erreur de celui qui a payé la dette en la croyant civile annule le paiement [4]. Du reste, le paiement ne peut être alors qualifié de volontaire. Enfin on admet généralement que le paiement d'une obligation naturelle que le débiteur croyait civile est nul. On objecte que l'article 1967 considère comme volontaire tout paiement qui n'est pas provoqué par « l'escroquerie, la supercherie et le dol. » Mais nous avons déjà montré que ces expressions se réfèrent au jeu et non pas au paiement.

Par exemple, est nul le paiement, fait par les héritiers du perdant, d'un billet souscrit pour une dette de jeu, alors que la nature de la dette, non inscrite sur le billet, était ignorée d'eux [5].

L'erreur de droit également donne lieu à répétition [6]. Il en est ainsi par exemple si le perdant a cru que la dette de jeu peut être poursuivie en justice ou que le jeu dont l'exécution était poursuivie rentrait dans ceux qui tiennent à l'exercice du corps et que la loi munit d'une action en justice. Toutes les raisons que nous avons invoquées à propos de l'erreur de fait s'appliquent à cette hypothèse. D'ailleurs

(1) Guillouard, n. 77 et 81 ; Frèrejouan du Saint, n. 19.

(2) Guillouard, *loc. cit.* ; Frèrejouan du Saint, n. 22.

(3) Angers, 22 fév. 1809, S. chr. — Troplong. n. 197; Laurent, XXVII, n. 209; Guillouard, n. 78 ; Frèrejouan du Saint, n. 19.

(4) Pont, I, n. 660 ; Garsonnet, *loc. cit.* ; Guillouard, n. 81 ; Frèrejouan du Saint, n. 20. — *Contra* Pillette, *Rev. prat.*, 1863, I, p. 442.

(5) Guillouard, n. 81.

(6) Cpr. Guillouard, *loc. cit.* — *Contra* Pillette, *Rev. prat.*, I, 1863, p. 442 Frèrejouan du Saint, n. 21.

la loi ne distingue qu'exceptionnellement, comme causes de nullité des contrats, l'erreur de fait de l'erreur de droit.

96. Comme tout acte, le paiement doit, pour être valable, être fait, ainsi que le proclame en règle générale l'article 1238, par une personne « capable d'aliéner » l'objet livré (1).

Ainsi le mineur ou l'interdit qui ont payé une dette de jeu peuvent exercer une action en répétition (2). Il en est de même de la dette de jeu payée par le tuteur, car on ne peut dire que ce paiement soit un acte d'administration (3).

Le mineur émancipé, qui a la libre disposition de ses revenus, peut acquitter une dette de jeu, mais seulement sur ses revenus (4).

97. Comme tous les actes de l'aliéné non interdit et placé dans un établissement d'aliénés, le paiement d'une dette de jeu est valable dans le cas — mais dans le cas seulement — où il est fait dans un moment de lucidité.

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut disposer de ses revenus, mais des revenus seulement, pour payer une dette de jeu (5).

98. Le paiement fait par la femme mariée sans autorisation de son mari peut être répété (6).

Peu importe même que la dette de jeu ait été contractée avec l'autorisation du mari (7), car le principe général de l'article 1238 reste debout. Au surplus, il est certain que la femme ne peut, sans l'autorisation de son mari, payer une

(1) Cass., civ., 30 déc. 1862, S., 63. 1. 257, D., 63. 1. 40. — Cass., 20 nov. 1865, S., 66. 1. 14, D., 66. 1. 112. — Limoges, 12 déc. 1868, S., 69. 2. 104, D., 69. 2. 14. — Pont, I, n. 660 ; Aubry et Rau, IV, p. 578, § 386 ; Garsonnet, I, p. 462, § 116, note 13 ; Guillouard, n. 78 *bis* ; Frèrejouan du Saint, n. 23.

(2) Duranton, XVIII, n. 117 s. ; Troplong, n. 149 ; Pont, I, n. 600 ; Aubry et Rau, IV, p. 578, § 386, note 22 ; Laurent, XXVII, n. 210 ; Guillouard, n. 78 *bis* ; Frèrejouan du Saint, n. 24 et 26.

(3) Frèrejouan du Saint, n. 24.

(4) Frèrejouan du Saint, n. 25.

(5) Frèrejouan du Saint, n. 28.

(6) Cass., 20 nov. 1865, S., 66. 1. 14, D., 66. 1. 112. — Limoges, 12 déc. 1868, S., 69. 2. 104, D., 69. 2. 14. — Pont, I, n. 600 ; Aubry et Rau, IV, p. 578, § 386, note 22 ; Laurent, XXVII, n. 210 ; Guillouard, n. 79 ; Frèrejouan du Saint, n. 29.

(7) Cass., 20 nov. 1865, S., 66. 1. 14, D., 66. 1. 112. — Guillouard, n. 80. — *Contra* Aubry et Rau, IV, p. 578, § 386, note 24.

dette valablement contractée ; à plus forte raison, ne peut-elle pas, sans cette autorisation, payer une dette nulle.

L'autorisation du mari est nécessaire, même à la femme séparée de biens (1), car cette dernière n'a que l'administration de ses biens, et le paiement d'une dette nulle n'est pas un acte d'administration.

Il en est autrement pour la femme séparée de corps (L. 6 fév. 1893, art. 3).

99. Si le paiement est fait deux fois ou s'il y a eu dation en paiement et paiement, la répétition de l'un des paiements est autorisée (2).

II. *Dation en paiement, novation et délégation.*

100. La dation de meubles, immeubles ou créances en paiement d'une dette de jeu équivaut à un paiement (3). C'était la solution de l'ordonnance de 1629 (art. 141) et si la déclaration du 1er mars 1781 décide le contraire, on ne peut aujourd'hui refuser de considérer la dation en paiement comme définitive.

101. Si un titre au porteur est remis en paiement, le paiement résulte de la remise du titre (4) ; si c'est un titre à ordre, il résulte de l'endossement, qui est le moyen de transférer la propriété des titres à ordre (5).

La dation en paiement est même effective et ne peut plus être retirée dès qu'elle a été consentie et avant que la tra-

(1) Cass., 30 déc. 1862, S., 63. 1. 257, D., 63. 1. 40. — Guillouard, n 79 ; Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

(2) Pillette, *Rev. prat.*, 1863, 1, p. 449 ; Frèrejouan du Saint, n. 35.

(3) Cass., 27 janv. 1827, S. chr. — Cass., 7 juillet 1869, S., 69. 1. 461, D., 71. 1. 208. — Paris, 27 juin 1867, S., 68. 2. 229, D., 67. 2. 191. — Aix, 5 juin 1868, D., 68. 2. 68. — Troplong, n. 193 s. ; Aubry et Rau, IV, p. 577, § 386, n. 18 ; Laurent, XXVII, n. 214 ; Guillouard, n. 83 ; Frèrejouan du Saint, n. 34. — *Contra* Paris, 27 nov. 1811, S. chr.

(4) Laurent, XXVII, n. 214 ; Guillouard, n. 84 ; Frèrejouan du Saint, n. 35 et 44.

(5) Cass., 17 juillet 1828, S. chr. — Cass., 6 août 1878, S., 78. 1. 418, D., 79. 1. 70. — Trib. civ. Versailles, 14 juin 1899, *Gaz. Trib.*, 11 août 1899. — Laurent, XXVII, n. 214 ; Guillouard, n. 84 ; Frèrejouan du Saint, n. 43. — Par suite, si le titre est remis sans endossement, le gagnant qui a touché son montant en doit compte au perdant. Bordeaux, 6 juillet 1826, D. *Rép.*, v° *Jeu-Pari*, n. 42. — Pour la souscription de billets, v. *infra*, n. 118 s.

dition n'ait été faite [1] ; le consentement a, en effet, suffi pour transférer la propriété entre les parties.

102. La novation par changement d'objet ne rend pas irrecevable l'exception de jeu [2]. En principe, il est vrai, une obligation naturelle se convertit en obligation civile par la novation, mais cela tient à ce que la novation contient manifestation de la volonté de faire disparaître les vices qui empêchaient cette obligation d'être civile ; or le vice qui empêche la dette de jeu d'être un obligation civile ne disparaît pas par une manifestation de volonté ; il repose sur des considérations morales que la novation laisse subsister.

On aboutit à la même solution en disant que la novation est valable, mais laisse subsister les exceptions que le débiteur pouvait opposer à la dette [3]. Cela est opposé aux règles générales de la novation, qui éteint toutes les exceptions.

Cette solution est cependant bien difficile à concilier avec celle qui est admise par tout le monde pour la dation en payement et la délégation.

103. La novation par changement de débiteur opérée au moyen de la délégation éteint l'exception de jeu au même titre que la cession de créance : car elle n'est autre chose qu'une cession de créance acceptée par le débiteur [4]. Donc, à moins que sa dette ne soit elle-même une dette de jeu [5],

(1) Frèrejouan du Saint, n. 35.

(2) Cass., 5 juillet 1876, S., 77. 1. 117, D., 77. 1. 264. — Cass., 24 juin 1885, S., 89. 1. 10, D., 86. 1. 35. — Cass., 6 nov. 1888, S., 91. 1. 207, D., 89. 1. 145. — Bruxelles, 2 février 1892 et 13 mars 1895, *Pasicr.*, 95, 2. 216. — Trib. féd. suisse, 23 janv. 1892, *Journ. des Trib.*, 12 mars 1892, *Ann. de dr. comm.*, VII, 1893, *Doctr.*, p. 143. — Gand, 27 juin 1891, *Pasicr.*, 92. 2. 17. — C. supr. Autriche, 14 déc. 1898, S., 1900. 4. 21. — Troplong, n. 61 et 196 ; Pillette, *Rev. prat.*, 1863, I, p. 448 ; Pont, I, n. 645 ; Vidal, *Rev. étr. et fr. de législ.*, VIII, 1842, p. 378 ; Aubry et Rau, IV, p. 9, § 297, note 20 et p. 575, § 386, note 9 ; Garsonnet, I, p. 462, § 116, note 14 ; Laurent, XXVII, n. 217 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 178 *bis*, I ; Guillouard, n. 37, 45 *bis* et 67 ; Frèrejouan du Saint, n. 51 ; Hanssens, *Ann. dr. comm.*, VII, 1893, *Doctr.*, p. 259 ; Wahl, *Note*, S., 1900. 4. 21 ; Huc, XI, n. 399. — V. cep. Paris, 16 mars 1882, S., 83. 2. 57.

(3) Pont, *loc. cit.*

(4) Frèrejouan du Saint, n. 53.

(5) Limoges, 2 juin 1819, S. chr. — Frèrejouan du Saint, *loc. cit.* — V. *infra*, n. 135.

le délégué ne peut se refuser à se libérer entre les mains du délégataire (gagnant) et le délégant (perdant) n'a pas d'action en répétition contre celui-ci [1].

104. Si un tiers s'engage, de lui-même et sans délégation, pour le compte du débiteur, son obligation est valable ; il peut être tenu de l'exécuter.

Il va sans dire que le perdant ne peut pas plus être poursuivi qu'avant cet engagement [2]. Il ne peut pas davantage être poursuivi en remboursement par celui qui s'est engagé pour lui, si ce dernier a payé à son insu [3], car il a alors agi en qualité de gérant d'affaires. S'il a payé ou s'est engagé sur l'ordre du perdant, sa situation est celle du mandataire.

105. La novation qui s'opère par changement de créancier doit être assimilée à la cession de la créance du gagnant ; le cessionnaire, même de bonne foi, n'a pas d'action contre le perdant [4].

106. En cas de dation d'une créance en paiement de la dette, c'est-à-dire en cas de délégation, on décide que le paiement n'est valable que par la signification au débiteur ou l'acceptation de celui-ci, conformément à l'article 1690 [5]. Nous ne sommes pas de cet avis : les formalités de l'article 1690 sont édictées pour rendre la transmission parfaite à l'égard des tiers, et ici il s'agit uniquement de savoir à quelles conditions la cession est parfaite entre les parties.

107. Le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant, telles que l'exception de jeu si sa dette était une dette de jeu [6].

Mais il ne pourra opposer l'exception de jeu du chef du cédant, puisque la cession a constitué une dation en payement qui éteignait l'exception de jeu [7].

[1] Frèrejouan du Saint, n. 56.

[2] Trib. féd. suisse, 23 janv. 1892, *Journ. des Trib.*, 12 mars. — Frèrejouan du Saint, n. 58.

[3] Frèrejouan du Saint, n. 59. — S'il succède en partie au perdant, il n'a pas droit au rapport des sommes payées. — Frèrejouan du Saint, n. 60.

[4] *Contra* Frèrejouan du Saint, n. 61.

[5] Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

[6] Frèrejouan du Saint, n. 47. — V. *supra*, n. 103.

[7] Frèrejouan, *loc. cit.*

108. Si le tiers débiteur de la créance cédée est insolvable, ou si la dation en payement portait sur un immeuble plus tard revendiqué avec succès par un tiers, le perdant n'est tenu à aucune garantie [1] ; car tout ce qui résulte de ces événements, c'est que le payement n'a pas eu effectivement lieu ; or, ce payement effacé, le perdant ne peut être condamné à un payement nouveau.

Il en est ainsi même si le perdant s'oblige expressément à garantie [2].

109. De même, si le perdant a endossé un effet de commerce au profit du gagnant, ce dernier, qui, en cas de non payement à échéance, s'est trouvé obligé de garantir les endosseurs postérieurs, n'a pas de recours contre le perdant [3].

Il n'aurait pas davantage de recours contre les souscripteurs ou les endosseurs antérieurs [4], car ces derniers ne pouvaient être ses garants que comme garants du perdant. En vain dit-on que les exceptions personnelles à l'un des endosseurs ne peuvent être invoquées par les autres ; l'exception dont il s'agit ici n'est pas personnelle au perdant ; c'est l'exception de jeu, et elle peut être invoquée, aussi bien que par les cautions, par les garants en matière d'effets de commerce.

110. N'éteint pas l'exception de jeu l'inscription de la dette par le gagnant dans un compte courant au débit du perdant [5]. Cette opération, pas plus que la novation, n'em-

(1) Cass., 6 août 1878, S., 78. 1. 418, D., 79. 1. 70.— Pont, I, n. 655 ; Guillouard, n. 85 ; Frèrejouan du Saint, n. 34 et 48.

(2) Guillouard, n. 85.

(3) Cass., 6 août 1878, S., 78. 1. 418, D., 79. 1. 70. — Frèrejouan du Saint, n. 43.

(4) *Contra* Frèrejouan du Saint, n. 43.

(5) Cass., 5 juil. 1876, S., 77. 1. 117, D. 77. 1. 264 (même si le compte est arrêté). — Cass. req., 24 juin 1885, S., 89. 1. 10, D., 86. 1. 35 (dans le cas au moins où le compte n'est pas arrêté).— Cass. civ., 6 nov. 1888, S., 91. 1. 207, D., 89. 1. 146. — Bordeaux, 6 mai 1890, *Rec. Bordeaux*, 90. 1. 385. — Trib. com. Nice, 10 avril 1891, *Gaz. Trib.*, 22 mai 1891. — Feitu, *Du compte courant*, n. 203 ; Frèrejouan du Saint, n. 63. — *Contra* Paris, 22 mars 1832, S., 32. 2. 431. — Rouen, 13 avril 1870, S., 71. 2. 17. — Paris, 16 mars 1882, S., 83. 2. 57, D., 82. 2. 97. — Guillouard, n. 67 *bis*.

pêche la dette de rester une dette de jeu. On objecte qu'elle transfère la propriété des valeurs en compte, éteint la dette et équivaut à un payement. Peut-on sérieusement considérer comme un payement un acte qui est purement fictif, aussi fictif que la compensation, laquelle transporte elle aussi la propriété des valeurs, éteint la dette, et cependant n'est pas considérée comme validant la dette de jeu ? Du reste, il est inadmissible que, la loi exigeant un payement *volontaire* du perdant, le gagnant puisse éteindre la dette sans la participation du perdant.

Toutes ces raisons, sauf la dernière, s'appliquent au cas où la dette est inscrite par le perdant dans un compte courant au crédit du gagnant ; l'exception de jeu n'est donc pas éteinte alors même que l'inscription a eu lieu avec le consentement du perdant (1).

Le compte courant arrêté de concert entre les parties n'éteint pas lui-même l'exception de jeu (2).

III. *Dépôt d'un enjeu. Couverture.*

111. Le dépôt d'une somme faite d'avance comme enjeu, ainsi que cela se pratique dans divers jeux, notamment dans le jeu de baccara, est un payement conditionnel (3) ; ce n'est pas un nantissement, car d'abord cette interprétation conduirait à l'annuler, ce qui est contraire aux règles générales d'interprétation (C. civ., 1157) et ensuite l'intention des parties est de consacrer au payement, en cas de perte, la somme dépo-

(1) Frèrejouan du Saint, n. 64. — *Contra* Lyon, 27 janv. 1887, *Mon. jud. Lyon*, 31 mars 1887. — Il en est ainsi en tout cas si le compte courant a consisté uniquement à inscrire au débit du joueur la somme prêtée et à son crédit le remboursement. — Trib. com. Seine, 18 avril 1891, *Ann. dr. com.*, VI, 1892, *Jurispr.*, p. 34.

(2) Cass., 6 nov. 1888, précité. — *Contra* Cass., 16 mars 1891, S., 92. 1. 10. — Paris, 11 juil. 1887, *Pand. franç.*, 87. 2. 345, *Ann. dr. com.*, 88. 38. — Frèrejouan du Saint, n. 63 et 64.

(3) Chambéry, 3 déc. 1891, sous Cass. crim., 26 fév. 1892, S., 92. 1. 601. D., 92. 1. 472. — Trib. civ. Seine, 9 juil. 1847, D., 47. 4. 49. — Cass. Florence, 10 déc. 1901, S., 1904. 4. 11. — Duranton, XVIII, n. 116 ; Troplong, n. 200 s. ; Pillette, *Rev. prat.*, I, 1863, p. 464 ; Pont, I, n. 657 et 658 ; Aubry et Rau, VI, p. 518, § 386, note 20 ; Villey, *Note*, S., 92. 1. 601 ; Guillouard, n. 89 ; Frèrejouan du Saint, n. 31. — *Contra* Laurent, XXVII, n. 213.

sée elle-même, et cela est bien le propre d'un payement conditionnel, tandis que le nantissement est la remise d'*une chose* en garantie de la dette d'*une autre chose*.

Ce n'est pas non plus, comme on l'a dit [1], une promesse de payer, puisque les parties se dessaisissent immédiatement de leur enjeu.

112. Il suit de là que, si le joueur qui a déposé l'enjeu perd la partie, le payement devient pur et simple et le joueur n'a pas le droit de reprendre la somme déposée [2].

En vain objecte-t-on que le jeu au comptant est aussi dangereux que le jeu sur parole ; cela n'est pas exact, car les joueurs voient plus facilement ce qu'ils risquent. En vain dit-on encore que le payement n'est pas volontaire ; il est volontaire, car rien ne forçait le joueur à l'opérer.

Même solution si la somme était déposée entre les mains d'un tiers ; le tiers peut être contraint au payement [3]. On objecte à tort que le dépôt a eu un objet illicite : l'objet du dépôt était une somme d'argent, le motif du dépôt était seul illicite.

Mais tant que la partie n'est pas terminée, le joueur peut reprendre la somme déposée, car elle n'est perdue pour lui qu'à la condition que le sort du jeu tournera contre lui et en reprenant la somme déposée il met obstacle à la continuation du jeu et à l'accomplissement de cette condition.

113. La partie une fois terminée, le perdant qui reprend son enjeu, est forcé de le rendre au gagnant par application des principes qui précèdent [4]. On ne peut objecter qu'il s'agit d'une dette de jeu ; la dette repose sur un vol.

114. Le dépôt anticipé de l'enjeu est un payement même

(1) Laurent, *loc. cit.*

(2) Cass. civ., 1er août 1859, S., 59. 1. 817, D., 59. 1. 289. — Cass. crim., 26 février 1892, précité. — Auteurs précités. — *Contra* Laurent, XXVII, n. 213. — Bordeaux, 15 juin 1857, S., 57. 2. 733. — Trib. paix Liège, 9 janv. 1894, *Gaz. Trib.*, 23 fév. 1894. — Troplong, n. 200 s. ; Lyon-Caen, *Rev. crit.*, XIII, 1884, p. 327 ; Louis Lucas, *Ann. dr. com.*, II, 1888, *Jurispr.*, p. 38 ; Boistel, *Précis de dr. com.*, III, p. 445.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Frèrejouan du Saint, n. 31 et 22 ; Guillouard, n. 89. — *Contra* Cass. Florence, 10 déc. 1901, S., 1904. 4. 11. — Troplong, n. 200 s. ; Laurent, XXVII, n. 213.

(4) Guillouard, n. 89. — *Contra* Troplong, n. 200 s. ; Laurent, XXVII, n. 213.

s'il est fait en vue d'une partie non engagée et dont l'enjeu n'est pas encore déterminé [1]. Une fois la partie engagée, ce dépôt devient un payement conditionnel ; il est inadmissible que, comme on le soutient, il constitue, dans cette espèce, un nantissement. Le fait que la partie n'est pas engagée et que l'enjeu n'est pas déterminé au moment où le dépôt est fait ne saurait en modifier la nature. En vain dit-on que le joueur ne peut mesurer l'étendue de son engagement ; il mesure justement cette étendue au montant du dépôt.

115. En matière de jeux de bourse, l'usage est que le preneur dépose une *couverture*, c'est-à-dire des titres ou une somme d'argent, destinés à assurer le payement du montant des pertes qu'il peut subir. La question de savoir si la couverture est un payement anticipé ou un nantissement est très discutée. D'après la cour de cassation, les juges du fond tranchent ce point souverainement [2] ; la plupart des tribunaux voient dans la couverture un payement anticipé [3].

Il suit de là que le joueur qui perd ne peut répéter la couverture [4] (à moins qu'on n'admette pas, en matière de jeu, la validité du payement anticipé) [5] ; il en est autrement pour l'opinion qui voit dans la couverture un nantissement [6].

116. Le dépôt anticipé n'est évidemment un payement que

[1] *Contra* Cass., 23 juil. 1855, P., 55. 2. 411 (motifs). — Frèrejouan du Saint, n. 32.

[2] Cass. req., 27 nov. 1882, S., 83. 1. 211, D., 83. 1. 199. — Cass. req., 12 déc. 1884, S., 86. 1. 368. — Gillard, *Tr. des opér. de bourse*, p. 474 s. ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, IV, n. 990. — Toutefois s'il s'agit de titres, c'est seulement après la réalisation qu'on peut considérer qu'il y a payement anticipé. — Cass. civ., 22 mai 1889, S., 89. 1. 476. — V. notre *Tr. du mandat*.

[3] Rennes, 7 déc. 1882, S., 83. 2. 172. — Paris, 16 mars 1882, S., 83. 2. 57. — Besançon, 27 déc. 1882, S., 83. 2. 129, D., 83. 2. 81. — Bruxelles, 15 fév. 1895, *Pasicr.*, 95. 2. 208 (après la réalisation, au moins, des titres, faite d'après les instructions du joueur). — Mollot, *Bourses de commerce*, n. 162 s. ; Crépon, *De la négoc. des effets publics*, n. 66 et 208. — *Contra* Paris, 11 juil. 1887, *Ann. dr. com.*, 88. 38. — Paris, 13 juin 1868, D., 68. 2 170. — Bozérian, *La Bourse*, n. 305 s.

[4] Cass. req., 27 nov. 1882, précité. — Besançon, 27 déc. 1882, précité.

[5] Lyon-Caen, *Rev. crit.*, XIII, 1884, p. 326 ; Louis Lucas, *loc. cit.*

[6] Bordeaux, 15 juin 1857, S., 57. 2. 733. — Paris, 30 juin 1894, S., 95, 2. 257, D., 94. 2. 52. — Aubry et Rau, IV, p. 581, § 387 ; Bozérian, *La Bourse*, n. 305 s.

si le déposant a perdu son pari ou son jeu ; s'il prétend avoir gagné, son adversaire doit prouver le contraire.

On a décidé cependant qu'il ne peut être admis à faire cette preuve, la loi réprouvant toute action fondée sur le jeu (1). Si cette solution était exacte, elle ne laisserait aucune portée à la validité du payement anticipé.

IV. *Ratification et reconnaissance.*

117. Si la dette de jeu a fait naître une obligation naturelle, le payement seul convertit cette obligation naturelle en obligation civile (2) ; la loi a, en effet, obéi à des motifs d'ordre public qui s'opposent à ce que la dette de jeu donne lieu à une discussion devant les tribunaux ; au surplus, adopter l'opinion contraire, ce serait donner une action à la dette de jeu, ce qui est contraire à l'article 1965. C'est donc à tort qu'on a soutenu qu'en reconnaissant à la dette de jeu le caractère d'une obligation naturelle on est conduit à en valider la ratification (3).

La dette de jeu ne peut donc être ratifiée (4), car la ratification a pour simple effet de rendre valable une obligation annulable, mais non pas d'en changer la nature ; aussi une dette de jeu ratifiée reste-t-elle une dette de jeu. D'autre part, la dette de jeu n'est pas simplement annulable, elle est radicalement nulle.

118. Les billets souscrits pour l'acquittement d'une dette

(1) Trib. paix Havre, 27 juin 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 2. 467.

(2) Laurent, XXVII, n. 216 ; Guillouard, n. 64.

(3) Garsonnet, I, p. 462, § 116, note 14.

(4) Cass., 21 avril 1885, S., 85. 1. 249, D., 85. 1. 275. — Angers, 24 août 1865, S., 67. 2. 86, D., 66. 2. 211. — Chambéry, 8 fév. 1892, *Rec. de Chambéry*, 92. 151. — Trib. civ. Seine, 9 nov. 1898, *Droit*, 1er fév. 1899. — Trib. civ. Seine, 15 déc. 1898, *Loi* 6 mars 1899. — Gand, 27 juillet 1891, *Pasicr.*, 92. 2. 17. — Pont, I, n. 643 ; Garsonnet, I, p. 462, § 116, note 14 ; Guillouard, n. 65 ; Hanssens, *Ann. dr. com.*, VII, 1893, *Doctr.*, p. 259 ; Frèrejouan du Saint, n. 18 ; Wahl, *Note*, S., 1900. 4. 21. — *Contra*, Rome 15 oct. 1898, S., 99. 4. 37. (Cet arrêt, pour décider que l'engagement de payer une dette de jeu est valable, se fonde sur ce que le jeu emporte une obligation naturelle ; mais il est clair que l'engagement d'acquitter une obligation naturelle est nul, tant que l'obligation reste naturelle). — C. supr. Autriche, 14 déc. 1898, S., 1900. 4. 21.

de jeu sont nuls (1), puisque la loi refuse en termes absolus toute action fondée sur une dette de jeu.

C'est déjà ce que décidaient l'ordonnance de janvier 1629 (2) et celle de 1781.

Nous verrons même que si le billet est autrement causé, on peut prouver par tous moyens qu'il concerne une dette de jeu (3).

Il en est de même de la lettre de change tirée pour l'acquittement d'une dette de jeu (4). L'acceptation ne peut être considérée comme un paiement (5).

Les billets à ordre souscrits pour une dette de jeu sont également nuls (6).

119. L'obligation est nulle même alors qu'elle est munie d'une hypothèque (7).

(1) Cass. req., 29 déc. 1814, S. chr. — Cass., 30 nov. 1826, S. chr. — Cass., 17 juil. 1828, S. chr. — Cass., 16 déc. 1879, S., 81. 1. 421. — Limoges, 2 juin 1819, S. chr. — Grenoble, 6 déc. 1823, S. chr. — Limoges, 8 janv. 1824, S. chr. — Bordeaux, 12 déc. 1827, D. *Rép.*, v° *Jeu-Pari*, n. 36. — Montpellier, 4 juil. 1828, S.chr. — Angers, 13 août 1831, S., 32.2.270. — Paris, 29 sept. 1882, S., 83. 2. 129, D., 83. 2. 81. — Paris, 27 mars 1886, *Pand. franç.*, 86. 2. 372. — Paris, 29 mars 1887, *Pand. franç.*, 87. 2. 376, *Gaz. Pal.*, 87. 1, *Suppl.*, 117. — Paris, 15 nov. 1887, *Gaz. Pal.*, 88. 1. 180. — Bordeaux, 30 avril 1888, *Rec. Bordeaux*, 88. 1. 323. — Paris, 9 juin 1888, *Loi*, 10 juil. 1888. — Trib. com. Seine, 2 juin 1893, *Droit*, 25 juin 1893. — Cass. belg., 2 déc. 1892, *Belg. jud.*, 93. 289. — Toullier, VI, n. 382 ; Duranton, XXIII, n. 107 ; Troplong, n. 64 et 196 ; Pillette, *Rev. prat.*, I, 1853, p. 444 ; Pont, I, n. 639 ; Aubry et Rau, IV, p. 576, § 386, note 15 ; Guillouard, n. 45 *bis*, 69 et 86 ; Hanssens, *Ann. dr. com.*, VII, 1893, *Doctr.*, p. 259. — Les auteurs d'après lesquels le jeu engendre une obligation civile disent que le billet est simplement inexigible. — Frèrejouan du Saint, n. 37.

(2) « Déclarons... toutes obligations et promesses faites pour le jeu, quelque déguisées qu'elles soient, nulles et de nul effet » (art. 138). — Les porteurs et les cessionnaires devaient en outre être condamnés à payer aux pauvres une somme égale au montant de la promesse (*Ibid.*).

(3) V. *infra*, n. 120 et 152.

(4) Cass., 16 déc. 1879, précité. — Paris, 16 janv. 1894, S., 95. 2. 42. — Trib. civ. Seine, 18 juil. 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 217. — Trib. com. Seine, 27 fév. 1903, *Loi*, 7 juil. 1903.

(5) Trib. civ. Seine, 18 juil. 1890, précité. — Trib. com. Seine, 27 fév. 1903, précité.

(6) Trib. civ. Seine, 9 nov. 1893, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 237 (billet à ordre pour rembourser une avance faite entre joueurs au cours de la partie), — et la plupart des décisions ci-dessus. — Guillouard, n. 86. — Cpr. Frèrejouan du Saint, n. 39 et 40 (le billet serait simplement inexigible).

(7) Frèrejouan du Saint, n. 37.

120. Il va sans dire que le billet souscrit pour une dette de jeu et qui attribue à cette dette une autre origine ou n'indique pas l'origine de la dette est nul (1).

121. Le perdant peut réclamer au gagnant la restitution du billet qu'il a souscrit pour dette de jeu (2); ce billet n'a, en effet, d'autre valeur pour le gagnant que celle qui résulterait du payement ou de la négociation, et c'est là une valeur illicite.

122. Si le billet est conçu dans la forme nominative, le tiers auquel il a été cédé avec l'accomplissement des formalités ordinaires (C. civ. art. 1690) n'a pas d'action en justice contre le souscripteur (3), par la raison que le cessionnaire n'a pas les droits du cédant.

L'acceptation de la cession par le souscripteur ne l'empêche même pas d'opposer l'exception de jeu (4).

Si le billet est à ordre, ou si le titre est une lettre de change, le tiers porteur régulier et de bonne foi ne peut se voir opposer l'exception de jeu (5) ; c'est la solution admise au profit du porteur de bonne foi pour toutes les exceptions nées à l'encontre d'un porteur antérieur.

(1) Cass., 29 déc. 1814, S. chr. — Cass., 4 nov. 1857, D., 57. 1. 441. — Cass., 16 déc. 1879, S., 81. 1. 421. — Limoges, 2 juin 1819, S. chr. — Grenoble, 6 déc. 1823, S. chr. — Rouen, 14 juil. 1854, S., 55. 2. 170. — Lyon, 11 mars 1856, S., 57. 2. 525. — Paris 4 août 1882, D., 83. 2. 227. — Paris, 29 sept. 1882, S., 83. 2. 129, D., 83. 2. 81. — Bordeaux, 30 avril 1883, *Rec. Bordeaux*, 88. 1. 323. — Duranton, XVIII, n. 107 ; Troplong, n. 64 ; Pillette, *Rev. crit.*, 1863, I, n. 443 et 462 ; Pont, I, n. 639 ; Aubry et Rau, IV, p. 576, § 386, note 11 ; Laurent, XXVII, n. 204 ; Guillouard, n. 70. — V. *infra*, n. 152.

(2) Rouen, 14 juil. 1854, S., 55. 2. 170. — Lyon, 11 mars 1856, S., 57. 2. 525. — Bordeaux, 1er déc. 1886, *Loi*, 12 janv. 1887. — Aubry et Rau, IV, p. 576, § 386, note 11 ; Guillouard, n. 70 ; Frèrejouan du Saint, n. 40. — V. dans le même sens Sentence du lieutenant criminel de Lyon, citée par Gayot de Pitaval, *op. cit.*, VII, p. 215.

(3) Guillouard, n. 71.

(4) Guillouard, n. 71.

(5) Cass., 12 avril 1854, S., 54. 1. 313. — Cass., 16 déc. 1879, S., 81. 1. 421. — Paris, 28 janv. 1853, S., 53. 2. 231. — Paris, 29 sept. 1882, S., 83. 2. 129, D., 83. 2. 81. — Paris, 27 juil. 1896, D., 97. 2. 122. — Guillouard, n. 72 ; Frèrejouan du Saint, n. 41 (mais cet auteur se fonde à tort sur ce que le jeu n'est pas opposable aux tiers ; l'argument conduirait à permettre au cessionnaire d'une dette de jeu d'en exiger le montant). — V. Gand, 27 juil. 1891, *Pasicr.*, 92. 2. 17.

123. Le souscripteur d'un billet pour dette de jeu, ou le tiré d'une lettre de change, qui a été obligé d'en payer le montant au porteur de bonne foi, a un recours en garantie contre la personne au profit de laquelle il a souscrit le billet ou contre le tireur de la lettre (1). On a objecté que cette action est, en réalité, une action en répétition, interdite par l'article 1967. Cela n'est pas exact, puisque rien n'a été payé au gagnant. En vain dit-on encore que si le tiers a pu agir, c'est qu'il n'a pas à se préoccuper de la nature de la dette et que par suite le perdant ne lui a pas payé une dette de jeu ; c'est pour un motif bien différent qu'il a été obligé de payer la dette au tiers porteur du titre.

V. *Compensation.*

124. La dette de jeu ne peut être opposée en compensation (2) ; du reste aucune obligation naturelle ne peut être opposée en compensation, puisque la compensation équivaut à un payement forcé et que le payement d'une dette naturelle ou d'une dette de jeu ne peut être exigé.

VI. *Avances en vue du jeu ou du pari.*

125. Les avances faites avant ou pendant une partie du jeu, par un joueur à l'autre, pour lui permettre de commencer ou continuer de jeu, constituent une dette de jeu (3). Nous

(1) Cass., 12 avril 1854, S., 54. 1. 313. — Cass., 16 déc. 1879, S., 81. 1. 421. — Paris, 27 nov. 1858, S., 59. 2. 88. — Angers, 24 août 1865, S., 67. 2. 86, D., 66. 2. 21. — Montpellier, 17 janv. 1868, D., 70. 1. 258. — Paris, 29 mars 1887, précité. — Paris, 16 janvier 1894, S., 95. 2. 42. — Pont, I, n. 642 ; Guillouard, n. 72. — *Contra* Paris, 28 janv. 1853, S., 53. 2. 231 (cassé par l'arrêt de 1854). — Frèrejouan du Saint, n. 42.

(2) Cass., 30 nov. 1826, S. chr. — Orléans, 30 nov. 1825, S. chr. — Angers, 13 août 1831, S., 32. 2. 270. — Trib. civ. Seine, 15 déc. 1898, *Loi*, 6 mars 1899. — Bruxelles, 27 déc. 1893, *Pasicr.*, 94. 2. 164. — Trib. civ. Anvers, 15 janv. 1891, *Journ. des trib. belg.*, 15 mars 1891. — Pont, n. 643 ; Aubry et Rau, IV, p. 575, § 386, note 8 ; Garsonnet, I, p. 462, § 116, note 14 ; Guillouard, n. 66 ; Frèrejouan du Saint, n. 70.

(3) Cass., 26 fév. 1845, S., 45. 1. 161. — Cass. req., 4 juil. 1892, S. 92. 1. 513, D., 92. 1. 500 (motifs). — Trib. civ. Seine, 9 nov. 1893, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 237. — Trib. civ. Toulouse, 9 janv. 1904, *Gaz. Trib. Midi*, 14 février 1904.

citons plus loin un texte de l'ancien droit en ce sens (ord. 1629, art. 138) ().

Il en est de même pour l'avance faite par l'un des parieurs à l'autre avant le pari (²).

De même encore pour le versement fait dans la caisse des jeux d'un cercle en vue d'alimenter les prêts faits aux joueurs (³).

126. Les avances faites avant une partie ou dans le cours d'une partie du jeu à l'un des joueurs par un tiers qui ignorait la destination des sommes prêtées, ne constituent pas une dette de jeu (⁴).

127. Il en est autrement si le tiers connaît la destination de la somme qui lui est empruntée (⁵), car le tiers a ainsi

— Troplong, n. 67 : Taulier, VI, p. 494 ; Boileux, VI, p. 518 ; Pont, I, n. 647; Massé et Vergé, V, p. 22, § 745, note 4 ; Aubry et Rau, IV, p. 575, § 386, notes 4 et 6 ; Laurent, XXVII, n. 220 ; Pillette, *Rev. prat.*, XV, 1863, p. 644 ; *Note*, S., 92. 1. 514 ; Fauchille, *Ann. dr. comm.*, 1887, *Jurispr.*, p. 16 ; Lepelletier, *Rapport*, sous Cass., 4 juillet 1892, précité, S., 92. 1. 514 ; Guillouard, n. 39. — Même sens Cass. Autriche, 21 déc. 1870, *Samml. von civilrechtl. Entsch.*, VIII, n. 3995, *Anal. journ. dr. int.*, III, 1876, p. 50.

(¹) En outre les prêteurs subissaient la « confiscation de corps et biens ». — V. n. 128.

(²) Guillouard, n. 39.

(³) Paris, 26 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 1, *Table*, v° *Jeu*, n. 3. — Trib. com. Nice, 10 avril 1891, *Gaz. Trib.*, 21 mai 1891.

(⁴) Colmar, 23 janv. 1841, S., 42. 2. 492, D. *Rép.*, v° *Jeu*, n. 60. — Douai, 8 août 1857, D., 58. 2. 46. — Trib. civ. Seine, 17 avril 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 2. 289. — Trib. civ. Seine, 9 nov. 1893, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 237. — Pont, I, n. 647 ; Taulier, VI, p. 494 ; Laurent, XXVII, n. 220 ; Garsonnet, I, p. 461, § 116, note 11 ; *Note*, S., 92. 1. 513 ; Guillouard, n. 91 ; Frèrejouan du Saint, n. 68 ; Fauchille, *loc. cit.* — On prétend quelquefois en Allemagne que le droit romain donne la solution contraire. L. 12, § 11, D., *mand.*, 17. 1 ; L. 2, § 1, D., *quar. rer. act.*, 44. 5. Mais ces textes sont étrangers à la question. Windscheid, *Lehrb. d. Pandekt*, 5ᵉ éd. II, § 420, note 7. — La qualité de gérant du cercle chez le prêteur ne suffit pas à faire présumer que le prêteur connaissait la destination des fonds. Trib. civ. Toulouse, 7 juin 1892, *Gaz. Trib. Midi*, 12 juin 1892. — Peu importe à plus forte raison que le prêteur soit un garçon du cercle. Frèrejouan du Saint, n. 69.

(⁵) Cass., 30 mai 1838, S., 38. 1. 753, D. *Rép.*, v° *Bourses de comm.*, n. 213. — Cass. civ., 6 janv. 1886, *Ann. dr. com.*, 87. 14. — Cass. req., 4 juil. 1892, S., 92. 1. 513, D., 92. 1. 500. — Douai, 8 août 1857, D., 58. 2. 46. — Lyon, 15 déc. 1903. *Mon. jud.*, *Lyon*, 21 mars 1904. — Trib. civ. Seine, 15 mars 1894 (motifs), *Gaz. Pal.*, 94. 2. 147. — Trib. civ. Seine, 17 avril 1889, précité. — Trib. com. Nice, 10 avril 1891, *Ann. dr. com.*, VI, 1892, *Jurispr.*, p. 34. — Trib. civ.

concouru volontairement à un acte illicite qui est le jeu; on ne peut pas dire, à la vérité, que le prêt a une cause illicite, quoique certains auteurs emploient cet argument; car, dans le prêt, la cause est pour l'emprunteur la livraison des deniers et pour le prêteur le remboursement de ces deniers. Mais il reste vrai de dire que le but du prêt est illicite; que le prêteur a entendu favoriser un acte illicite ; et favoriser un acte illicite, c'est faire soi-même un acte illicite ; la distinction entre la cause et les motifs est donc étrangère à la question, qui est simplement de savoir si l'acte du prêteur est licite ou non.

L'opinion contraire conduirait à dire que le prêt fait par un joueur lui-même à un autre joueur est licite ; car, ici encore, le prêt a nécessairement la cause licite que son essence commande de lui attribuer en toute hypothèse; et cette solution cependant est rejetée par tout le monde.

Nous n'avons pas besoin d'ajouter que l'opinion contraire donne aux joueurs un moyen trop facile d'écarter la prohibition du jeu.

Nous ajoutons que notre solution était celle du droit canon (1) et celle de l'ancien droit (2). L'ordonnance de 1629, article 138, portait : « Défendons à toute personne de prêter argent, pierreries ou autres meubles, pour jouer, ni répondre pour ceux qui jouent, à peine de la perte de leurs dettes et nullité des obligations. »

Le Puy, 5 nov. 1886, *Gaz. Trib.*, 25 déc. 1886. — Troplong, n. 66 et 73; Boileux, VI, p. 518 ; Laurent, XXVII, n. 220 ; Garsonnet, I, p. 461, § 116, note 11 ; Pont, I, n. 647 ; Lepelletier, *loc. cit.* ; Guillouard, n. 91. — *Contra* Lyon, 8 janv. 1861, cité par Bastiné, *Code de la bourse*, n. 147. — Lyon, 22 juin 1905, *Gaz. com. Lyon*, 28 nov. 1905. — Trib. civ. Bruxelles, 27 janv. 1893, S., 94. 4. 32. — Trib. civ. Bruxelles, 27 déc. 1893, *Pasicr.*, 94. 3. 127. — *Note*, S., 92. 1. 513; Taulier, VI, p. 494; Frèrejouan du Saint, n. 68; Bastiné, *Code de la bourse*, n. 147. — En Allemagne, la première opinion l'emporte. Bruck, v° *Spiel*. — D'après Fauchille, *loc. cit.*, p. 17, il faudrait, pour que le prêt fût illicite, que le prêteur eût agi uniquement dans le but de favoriser le jeu.

(1) Guimier, Sur le titre de la Pragmatique, *De spectaculis in Ecclesia non faciendis*.

(2) Danty sur Boiceau, *Preuve par témoins*, add. au chap. X, n. 52 ; Gayot de Pitaval, *Mémoires pour Pierre Fruferi, Causes célèbres*, VII, édit. 1750, p. 183.

128. A plus forte raison le tiers qui s'est associé aux chances du jeu n'a pas d'action en remboursement de la somme qu'il prête [1].

C'était la solution de l'ordonnance de 1629 pour les prêts d'« argent pierreries ou autres meubles » faits « pour jouer » ; la peine était, outre le refus d'action, la « confiscation de corps et de biens, comme séducteurs et corrupteurs de la jeunesse. »

Et il en est de même de celui qui doit tirer profit du jeu [2].

129. Les avances faites à un joueur par le directeur ou le gérant de la maison de jeu ou par la caisse du cercle dans le seul but d'exciter au jeu, et au cours d'une partie dans laquelle le directeur n'est pas lui-même intéressé, constituent une dette de jeu [3].

Il en est de même des avances faites par un garçon de cercle en son nom personnel dans le même but [4].

De même encore pour les avances faites par un croupier [5].

130. Les avances faites à *la suite d'une partie de jeu* pour permettre à un joueur de payer sa dette de jeu ou le paiement fait directement par le tiers sur l'ordre du perdant ne constituent pas une dette de jeu [6].

(1) Fauchille, *op. cit.*, p. 16. — Paris, 6 juil. 1882. D., 84. 2. 85.

(2) Guillouard, n. 40 et 91 ; Frèrejouan du Saint, n. 68.

(3) Rouen, 8 fév. 1886, *Rec. Rouen*, 86. 130. — Bordeaux, 30 avril 1888, *Rec. Bordeaux*, 88. 1. 323 (par exemple au moyen de jetons). — Paris, 16 janv. 1894, S., 95. 2. 42. — Paris, 24 juil. 1903, *Gaz. Trib.*, 23 oct. 1903, *Droit*, 23 oct. 1903. — Trib. civ. Seine, 17 avril 1889, précité. — Trib. civ. Orange, 12 juin 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 2. 146 (prêt de jetons d'une valeur conventionnelle). — Frèrejouan du Saint, n. 69. — Même solution pour le trésorier d'une société de pari mutuel. — Trib. paix Lille, 19 janv. 1894, *Loi*, 28 juin 1894, *Gaz. Trib.*, 9 juin 1894.

(4) Cass. req., 4 juil. 1892, précité. — Limoges, 29 avril 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 2. 47. — Aix, 13 mars 1902, *France jud.*, 1902. 2. 204.

(5) Cass., 30 mai 1838, S., 38. 1. 753. — Douai, 8 août 1857, D., 58. 2. 46. — Paris, 12 mai 1888, *Loi*, 23 oct. 1888. — Trib. civ. Toulouse, 9 janv. 1904, précité. — Pont, I, n. 647 ; Guillouard, n. 40 et 91.

(6) Cass. req., 4 juil. 1892, précité (motifs). — Douai, 8 août 1858, D., 58. 2. 46. — Paris, 6 juil. 1882, D., 84. 2. 85 (garçon du cercle). — Trib. civ. Seine, 9 nov. 1893, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 237. — Trib. com. Lyon, 4 juil. 1904, *Gaz. com. Lyon*, 25 oct. 1904. — Trib. paix Lille, 27 juin 1887, *Mon. des juges de paix*, 87. 501. — Troplong, n. 66, 67 et 68 ; Taulier, VI, p. 494 ; Boileux, VI, p. 517 ; Pont, I, n. 648 ; Pillette, *Rev. prat.*, I, 1863, p. 644 ; Aubry et Rau,

Et peu importe que le tiers connaisse la destination de la somme prêtée, puisque la loi ne met aucun obstacle au paiement de la dette de jeu et le considère comme légitime [1].

Il en est ainsi même si l'avance a été faite par une personne qui a participé au jeu [2]. En vain dit-on que cette personne participe à un acte illicite ; l'acte auquel elle participe est le paiement de la dette de jeu et ce paiement est si peu illicite que la loi le rend irrévocable.

En vain dit-on aussi que le prêt se confond avec le jeu ; c'est une erreur, puisque le jeu est terminé. Mais, objecte-t-on encore, le prêteur a, en réalité, joué puisqu'il s'associe aux chances de perte. C'est encore une erreur : il ne s'y associe pas, puisqu'il fait un prêt, c'est-à-dire stipule le remboursement de la somme qu'il avance.

De même encore, si le prêt est fait par une personne qui était intéressée au jeu, notamment par le directeur ou le caissier du cercle, il est valable [3].

131. Peu importe même que le prêt soit fait par le gagnant [4]. Le paiement fait à l'aide des deniers prêtés est, quoi qu'on dise, volontaire ; et s'il est vrai que ce soit là un moyen de tourner la loi et de convertir la dette de jeu en dette d'emprunt, la conversion est faite par le perdant en connaissance de cause, à un moment où il ne subit plus aucune pression et, en conséquence, très légitimement.

Il en est ainsi à plus forte raison si l'avance est faite par

IV, p. 575, § 386, note 7 ; Laurent, XXVII, n. 221 ; Garsonnet, I, p. 461, § 116, note 11 ; *Note*, S., 92. 1. 513 ; Lepelletier, *loc. cit.* ; Guillouard, n. 48 et 91 ; Frèrejouan du Saint, n. 67.

(1) Mêmes autorités. — *Contra* Lyon, 15 déc. 1903, *Mon. Jud., Lyon*, 21 mars 1904. — Trib. civ. Le Puy, 5 nov. 1886, *Gaz. Trib.*, 25 déc. 1886.

(2) Trib. civ. Seine, 2 nov. 1893, précité. — Pont, I, n. 648. — *Contra* Cass., 15 nov. 1864, S., 65. 1. 77, D., 65. 1. 224. — Cass. req., 4 juil. 1892, précité (motifs). — Bordeaux, 31 janv. 1853, P., 55. 1. 240. — Troplong, *op. cit.*, n. 67 ; Taulier, VI, p. 494 ; *Note*, S., 92. 1. 513 ; Boileux, VI, p. 518 ; Massé et Vergé, V, p. 22, § 745, note 4; Pont, I, n. 647 ; Pillette, *Rev. prat.*, I, 1863, p. 644 ; Aubry et Rau, IV, p. 575, § 386, notes 4 s. ; Laurent, XXVII, n. 220 ; Guillouard, n. 43 ; Frèrejouan du Saint, n. 67.

(3) *Contra* Trib. civ. Orange, 12 juin 1891, précité.

(4) Pillette, *Rev. prat.*, *loc. cit.* — *Contra* Douai, 8 août 1857, D., 58. 2. 46. — Troplong, n. 67 ; Frèrejouan du Saint, n. 66.

un tiers étranger au jeu [1], même s'il a connu la destination de la somme prêtée [2].

132. Toutefois si le prêt est la suite du jeu auquel a été mêlé le prêteur et s'il est fait dans une intention illicite, par exemple pour décider l'emprunteur à continuer de jouer avec le prêteur, le prêt est nul [3].

Il en est autrement, et le prêt est valable, si le tiers s'était seulement associé au jeu [4].

VII. *Transaction et compromis.*

133. La transaction sur une dette de jeu est nulle [5], ainsi que le décidait déjà l'ancien droit. On a cru justifier cette solution en disant qu'il n'y a pas alors cette contestation sérieuse qui, aux termes de l'article 2044, est nécessaire à la validité de la transaction [6].

Il y a là, à notre avis, une confusion : sans doute la contestation n'est pas sérieuse, si les parties s'accordent à admettre que la dette provient d'un jeu interdit. Mais ne peut-il pas arriver qu'elles soient en désaccord sur le point de savoir si le jeu d'où est née la dette est licite ou non ? La transaction qui mettrait fin à ce désaccord concernerait bien une contestation sérieuse.

La véritable raison de décider que cette transaction, si, en fait, la dette est née d'un jeu illicite, est nulle, c'est que

(1) Cass. req., 4 juil. 1892, S., 92. 1. 513, D., 92. 1. 500 (motifs). — Paris, 6 juil. 1882, D., 84. 2. 85, et auteurs précités. — Guillouard, n. 43 et 91.

(2) Troplong, *loc. cit.* ; Pont, *loc. cit* ; Laurent, *loc. cit.* ; Garsonnet, *loc. cit.* ; *Note*, S., 92. 1. 513 ; Guillouard, n. 91. — *Contra* Cass., 30 mai 1838, S., 38. 1. 753. — Paris, 6 juil. 1882, précité. — Le garçon de cercle n'est pas nécessairement réputé avoir eu connaissance de la destination. — Paris, 6 juil. 1882, précité.

(3) Cass., 15 nov. 1864, S., 65. 1. 77, D., 65. 1. 224. — Lepelletier, *loc. cit.*

(4) *Contra* Cass., 3 mars 1875, S., 75. 1. 396. — Lepelletier, *loc. cit.*

(5) Cass., 17 janv. 1881, S., 82. 1. 160, D., 82. 1. 333. — Rouen, 14 juil. 1854, S., 55. 2. 170, D., 56. 2. 16. — Paris, 27 nov. 1858, S., 59. 2. 88. — Cass. belge, 18 nov. 1891, *Pasicr.*, 92. 1. 18, *Journ. dr. int.*, XX, 1893, p. 225. — Trib. féd. suisse, 23 janv. 1892, *Journ. Trib.*, 12 mars, *Ann. dr. com.*, VII, 1893, *Doctr.*, p. 143. — Guillouard, n. 66 *bis*, et *Tr. de la transaction*, n. 76 ; Huc, XI, n. 309.

(6) Guillouard, *loc. cit.* — V. *infra*, n. 1267.

cette dette ne change pas de nature par l'effet de la transaction, et reste une dette de jeu, à laquelle la loi refuse l'action en justice.

Certains auteurs n'admettent la nullité de la transaction que si elle concerne le chiffre de la dette, et non pas si elle regarde son caractère, ou le point de savoir si elle a le jeu pour origine (1). Mais cette distinction n'est pas admissible; car la transaction sur la question de savoir s'il y a dette de jeu suppose que cette question est considérée comme pouvant être résolue affirmativement ; elle est donc illicite (2).

134. Le compromis relatif à une dette de jeu est nul (3).

Le compromis aux termes duquel la dette réclamée n'est pas une dette de jeu est également nul (4), comme la transaction sur le même objet.

VIII. *Cession d'une créance née du jeu.*

135. La cession d'une créance de jeu est nulle; c'est déjà ce que décidait l'ordonnance de 1781. Le débiteur n'est donc pas tenu de payer la dette au cessionnaire, même de bonne foi (5).

A supposer le contraire, il a en tout cas un recours contre le gagnant (6).

Le cessionnaire, privé d'action contre le débiteur, ne peut recourir en garantie contre le cédant (7); décider le contraire, ce serait autoriser une action fondée sur une obli-

(1) C. supér. Autriche, 14 déc. 1898, S., 1901. 4. 21. — Frèrejouan du Saint, n. 72.

(2) Aussi les décisions et auteurs précités ne distinguent pas. V. notamment Paris, 27 nov. 1858, précité. — V. du reste *infra*, n. 279.

(3) Cass., 7 nov. 1855, S., 65. 1. 113.— Paris, 25 fév. 1854, *Journ. Trib. com.*, III. p. 139. — Paris, 14 mai 1864, *ibid.*, XIV, p. 97. — Cass. belge, 18 nov. 1891, précité.— Gand, 23 juil. 1892, *Pasicr.*, 92. 2. 419.— Frèrejouan du Saint, n. 73 ; Hanssens, *Ann. dr. comm.*, VII, 1893, *Doctr.*; p. 259.

(4) V. cep. Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

(5) Limoges, 2 juin 1819, S. chr. — *Contra* Cass., 4 déc. 1854, S., 54. 1. 763. — Frèrejouan du Saint, n. 49 (il dit le contraire n. 47 et 54).

(6) *Contra* Frèrejouan du Saint, n. 49, qui cite dans le même sens Cass., 7 juillet. 1869, S., 69. 1. 461 ; mais cet arrêt est étranger à la question. — V. *supra*, n. 123.

(7) Toulouse, 19 janv. 1899, *Loi*, 15 mars 1899.

gation illicite. Toutefois, il en est autrement si le cessionnaire a ignoré que la dette était une dette de jeu (1).

136. Nous nous sommes déjà occupés du cas où, la dette étant constatée par un billet ou une lettre de change, un tiers réclame le payement du titre (2).

137. Le vendeur d'un billet de loterie n'a aucune action en payement du prix (3).

Mais l'acheteur n'a aucune action en restitution du prix qu'il a payé (4).

La vente d'un billet de loterie adopte des formes variées dont la jurisprudence a dû s'occuper au point de vue de l'application des lois criminelles et que nous n'examinerons pas ici.

IX. *Cautionnement.*

138. L'ordonnance de 1629 décidait que celui qui avait cautionné une dette de jeu n'aurait aucun recours contre le perdant et serait soumis en outre à « la confiscation de corps et de biens, comme séducteur et corrupteur de la jeunesse. »

139. Aujourd'hui encore le cautionnement d'une dette de jeu est nul (5), quoique l'article 2012 permette, en général, de cautionner les obligations naturelles, car, la dette de jeu étant illicite, le créancier ne doit avoir aucun moyen de se la faire payer.

On est arrivé au même résultat en disant que le cautionnement est valable par application de l'article 2012, mais que la caution peut opposer l'exception de jeu (6). Cela est inexact : car il est de principe que la caution d'une obligation naturelle est tenue envers le créancier tout aussi bien que si l'obligation était civile (7).

(1) Toulouse, 19 janv. 1899, précité.

(2) V. *supra*. n. 122.

(3) Bruxelles, 27 mai 1886, *Journ. dr. int.*, XV, 1888, p. 838.

(4) Bruxelles, 27 mai 1886, précité.

(5) Cass., 19 juin 1855, S., 56. 1. 162, D., 55. 1. 292 (motifs). — Trib. féd. suisse, 23 janv. 1892, *Journ. des Trib.*, 12 mars 1892.

(6) Vidal, *Rev. étr. et franç.*, VIII, p. 378 ; Laurent, XXVII, n. 218 ; Guillouard, n. 68 et *Tr. du caut.*, n. 58 ; Frèrejouan du Saint, n. 74.

(7) Pont, I, n. 645.

140. Les sommes versées à titre de cautionnement ne peuvent être répétées [1] (arg. art. 1967).

141. La caution qui a payé la dette n'a pas de recours contre le débiteur si elle a payé sans mandat spécial de ce dernier [2]. Elle n'est alors qu'un gérant d'affaires.

Dans le cas contraire, sa situation est celle d'un mandataire [3].

X. *Nantissement.*

142. Le nantissement fait en garantie d'une dette de jeu est également nul, ainsi que le décidait déjà le droit romain [4]; les valeurs données en nantissement peuvent être reprises [5]. On a objecté que la demande en restitution repose sur le jeu ; c'est une erreur : elle repose sur ce que les choses remises en nantissement appartiennent au demandeur ; son adversaire, qui s'oppose à la restitution, invoque le jeu.

142 *bis*. Nous avons examiné plus haut si la couverture fournie d'avance est un nantissement et peut être répétée [6].

XI. *Mandat et gestion d'affaires.*

142 *ter*. Le mandataire qui a payé une dette de jeu sur l'ordre du mandant a-t-il un recours contre ce dernier? Nous renvoyons la question à notre *Traité du mandat*.

L'exception de jeu peut-elle, en matière de jeu de bourse, être invoquée dans les rapports entre l'agent de change et son client ? Cette question rentre également dans le commentaire du titre du *Mandat*.

(1) Paris, 1re avril 1895, *Droit*, 23 mai 1895. — Frèrejouan du Saint, n. 74.

(2) Troplong, n. 72 ; Frèrejouan du Saint, n. 74.

(3) Troplong, n. 71 ; Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

(4) L. 1. C., *de aleat.*

(5) Bruxelles, 12 déc. 1891, *Pasicr.*, 92. 2. 143. — Aubry et Rau, IV, p. 578, § 386, note 21 ; Laurent, XXVII, n. 219 ; Guillouard, n. 90 ; Frèrejouan du Saint, n. 65 ; Louis Lucas, *Ann. dr. com.*, II, 1888, *Jurisp.*, p. 38. — *Contra* Trib. com. Bruxelles, 13 janv. 1893, *Belg. jud.*, 93. 254. — Hanssens, *Ann. dr. com.*, VII, 1893, *doctr.*, p. 260.

(6) V. *supra*, n. 115.

143. Le tiers qui sans mandat a payé la dette de jeu n'a pas d'action en remboursement contre le perdant ([1]) ; en effet, la gestion d'affaires n'autorise une action en remboursement de la part du gérant que si ce dernier a bien géré l'affaire du maître ; or il ne peut y avoir une bonne gestion dans le fait d'acquitter une dette qui ne pouvait pas donner lieu à une action en justice.

144. Le codébiteur solidaire qui a payé les dettes du jeu n'a pas de recours contre ses codébiteurs, et cela même si on accorde ce recours au mandataire ([2]). A la différence de ce dernier, le codébiteur qui a payé la dette a participé au jeu ; il a donc payé une dette qui, à son égard, était une dette de jeu.

XII. *Société.*

145. La société contractée pour faire des avances à des joueurs est nulle ([3]).

Il en est de même de la société formée pour partager le bénéfice du jeu ([4]).

Nous avons étudié ailleurs le sort d'une société formée au sujet d'une loterie ([5]).

§ IV. *Procédure de l'exception de jeu.*

146. L'exception de jeu est relative au fond, elle peut donc être opposée en tout état de cause ([6]).

De même l'exception de jeu peut être opposée pour la première fois en appel ([7]).

([1]) Cass., 30 mai 1838, S., 38. 1. 753. — Troplong, n. 72 ; Aubry et Rau, IV, p. 575, § 386, note 5 ; Guillouard, n. 40 *bis*.

([2]) Frèrejouan du Saint, n. 33.

([3]) V. notre *Tr. des sociétés*, n, 66.

([4]) *Eod. loc.*, n. 66.

([5]) V. notre *Tr. des Sociétés*, n. 66.

([6]) Chambéry, 8 fév. 1892, *Rec. de Chambéry*, 92. 151. — Bruxelles, 12 déc. 1891, précité — Bruxelles, 8 janv. 1894, *Pasicr.*, 94. 2. 167. — Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

([7]) Cass., 4 août 1824, S. chr. — Cass., 30 nov, 1826, S. chr. — Paris, 10 juil,

Les moyens d'ordre public peuvent seuls, d'après une jurisprudence constante, être opposés pour la première fois en cassation. L'exception de jeu est un moyen d'ordre public, car c'est pour des motifs d'odre public que le jeu est prohibé. Elle peut donc être proposée pour la première fois en cassation. Cependant la jurisprudence est contraire (1).

147. En ce qui concerne les jeux et paris sur la hausse et la baisse des fonds publics, il était, en tout cas, certain, sous l'empire des articles 421 et 422 du Code pénal, qui les frappaient de peines criminelles, que l'exception du jeu était d'ordre public et que, par suite, elle devait être suppléée d'office par les tribunaux (2) et pouvait être opposée pour la première fois en appel (3) ou en cassation (4). Aujourd'hui que la loi du 28 mars 1885 (art. 2) a abrogé les articles 421 et 422 du Code pénal, le jeu de bourse est assimilé aux autres jeux. On doit donc, si l'on considère, avec la jurisprudence et contrairement à notre avis, que l'exception de jeu n'est pas d'ordre public, décider que, même en ce qui concerne les jeux de bourse, elle ne peut être opposée pour la première fois sinon en appel, du moins en cassation (5).

148. Le juge peut et doit admettre d'office l'exception de jeu, si elle n'est pas opposée par le perdant (6). Car cette exception repose sur des motifs d'ordre public que nous avons

1850, D., 51. 2. 184. — Frèrejouan du Saint, n. 18. — *Contra* Bruxelles, 23 août 1891, *Loi*, 26 août 1891, *Anal. journ. dr. int.*, XX, 1893, p. 225.

(1) Cass., 29 nov. 1831, S., 32. 1. 374. — Cass. req., 26 mai 1886, S., 86. 1. 349. — Frèrejouan du Saint, *loc. cit.*

(2) Amiens, 14 janv. 1859, S., 59. 2. 232. D., 59. 2. 70. — Paris, 13 mai 1873, S., 73. 2. 102, D., 73. 2. 204. — Pont, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Laurent, XXVII, n. 250.

(3) Paris, 16 mars 1882, S., 83 2. 57.

(4) Cass., 15 nov. 1864, S., 65. 1. 77. — Buchère, *Tr. des op. de bourse*, n. 508 ; Laurent, XXVII, n. 250 ; Ruben de Couder, *Dict. dr. com.*, v° *Jeu de bourse*, n. 42.

(5) Cass. req., 26 mai 1886, S., 86. 1. 349.

(6) Cass., 19 juin 1855, S., 56. 1. 162, D., 55. 1. 292, — Cass. req., 4 janv. 1886 (motifs), S., 89. 1. 21. — Amiens, 14 janv. 1859, S., 59. 2. 232, D., 59. 2. 70. — Lyon, 29 juin 1871, D., 71. 2. 152. — Paris, 13 mai 1873, S., 73. 2. 102, D., 73. 2. 240. — Paris, 20 août 1873, D., 74. 5. 300. — Rennes, 7 déc. 1882, S., 83. 2. 172. — Bruxelles, 12 déc. 1891, *Pasicr.*, 92. 2. 143. — Gand, 14 mars 1892, D., 94. 2. 234. — Bruxelles, 8 janv. 1895, *Pasicr.*, 95. 2. 177. — Laurent,

rappelés. D'un autre côté la loi s'exprime d'une manière impérative en repoussant l'action fondée sur une dette de jeu, et ne se contente pas de permettre au perdant d'opposer l'exception de jeu.

On objecte que le paiement fait par le perdant est valable ; mais cela tient à cette raison spéciale que le paiement met fin aux relations illicites des parties et que la loi veut empêcher ces relations illicites de revenir en discussion.

SECTION III

PREUVE EN MATIÈRE DE JEU

§ I. *Charge de la preuve.*

149. Lorsque la nature de la dette de jeu ne résulte pas du contrat qui établit l'existence de la dette, la preuve de cette nature imcombe, par application des principes (C. civ. 1315), à celui qui oppose l'exception de jeu.

En matière criminelle il a été décidé, contrairement au principe que le délit ne se présume pas, que jusqu'à preuve du contraire les parieurs aux courses sont censés incapables de se décider en connaissance de cause et sont réputés faire un jeu de hasard (1). En matière civile, ce principe nous paraîtrait inexact ; celui qui invoque l'exception de jeu doit démontrer que le pari est nul.

150. C'est également à l'emprunteur, s'il prétend que le prêt est nul comme ayant été fait en vue d'un jeu, qu'il appartient de prouver que le prêteur connaissait la destination des fonds prêtés (2).

XXVII, n. 201 ; Guillouard, n. 63 ; Frèrejouan du Saint, n. 18 ; Hanssens, *Ann. dr. comm.*, 1893, *Doctr.*, p. 259 et 105. — *Contra* Pont, I, n. 636 ; Aubry et Rau, IV, p. 575, § 386, note 10. — V. *infra*, n. 153.

(1) Cass., 5 janv. 1877, S., 77. 1. 481, D., 78 1. 191. — Cass., 7 mai 1885, S., 86. 1. 281. — Cass., 10 décembre 1887, S., 88. 1. 42. — Lyon, 10 mai 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 1. 692. — Paris, 3 août 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 2. 484.

(2) Trib. civ. Seine, 17 avril 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 2. 289 (le fait que le prêteur est le caissier du cercle ne prouve pas qu'il connaissait cette destination).

151. Le dépôt anticipé soulève une question de preuve que nous avons déjà examinée ([1]).

§ II. *Modes de preuve.*

152. Une dette de jeu prohibé peut être prouvée par tous les moyens; c'est déjà ce que décidait l'ordonnance de 1629.

Ainsi la preuve qu'un billet non causé pour dette de jeu déguise une dette de jeu, peut être faite par tous moyens ([2]). C'est la solution donnée, dans son *Exposé des motifs,* par Portalis ([3]); c'est, du reste, une règle générale que les fraudes à la loi peuvent être prouvées par témoins et présomptions (C. civ., 1353). L'ancien droit était constant en ce sens ([4]).

De même on peut prouver par tous moyens qu'un prêt est fait en vue d'un jeu ([5]).

L'inscription de faux n'est aucunement nécessaire si l'acte est notarié ([6]); car il ne rentre pas dans la mission du notaire d'attester le véritable but du prêt.

153. Avant la loi du 28 mars 1885, et à l'époque où la jurisprudence annulait les marchés à terme que les parties avaient l'intention de régler par des différences, la question de savoir si le marché était nul était une question de fait à résoudre par le juge en cas de contestation, sans que sa décision pût encourir sur ce point la censure de la cour suprême ([7]); c'est

([1]) V. *supra*, n. 116.

([2]) Cass., 30 nov. 1826, S. chr. — Cass., 4 nov. 1857, D., 57. 1. 441. — Limoges, 2 juin 1819, S. chr. — Lyon, 4 déc. 1822, S. chr. — Grenoble, 6 déc. 1823, S. chr. — Limoges, 8 janv. 1824, S. chr. — *Contra*, pour la preuve entre parties, Bruxelles, 21 avril 1894, *Pasicr.*, 94. 2. 414. — V. également, pour l'admission de toutes les preuves, Troplong, n. 64; Pillette, *Revue prat.*, I, 1863, p. 444; Pont, I, n. 639; Aubry et Rau, IV, p. 576, § 386, note 15; Guillouard, n. 45 *bis* et 70; Frèrejouan du Saint, n. 80. — L'art. 1343 n'est pas davantage applicable. Frèrejouan du Saint, n. 81.

([3]) Fenet, XIV, p. 540.

([4]) Danty, *op. cit.*, n. 48, 49 et 52; Gayot de Pitaval, mémoire pour le sieur Fruferi, précité, p. 183 et 184.

([5]) Trib. civ., Toulouse, 9 janv. 1904, *Gaz. Trib. Midi*, 14 fév. 1904 (la preuve peut résulter de ce que le prêteur est un croupier, de ce qu'il a cherché immédiatement un cessionnaire, etc.).

([6]) Trib. civ., Toulouse, 9 janv. 1904, précité.

([7]) V. *supra*, n. 49 s,

au demandeur qu'il appartenait de fournir la preuve du caractère fictif du marché, car la fraude à la loi ne se présume pas (1). Il s'agissait de savoir quelle avait été l'intention des parties au moment de la conclusion du marché et, pour la découvrir, les tribunaux s'inspiraient des circonstances de la cause, car une fraude à la loi peut se prouver par tous les moyens (2). Ils considéraient surtout le rapport existant entre l'importance du marché et la fortune des parties ; on tenait compte aussi de leur profession et de leurs habitudes (3).

Les juges pouvaient d'office relever l'exception du jeu (4).

154. Nous avons soutenu que, contrairement à la doctrine de la Cour de cassation, la loi du 28 mars 1885 n'écarte l'exception de jeu qu'en ce qui concerne les marchés à terme réels ; elle l'admet encore pour les opérations, relativement rares, qui n'ont du marché à terme que le nom, parce que les parties ne se proposant, dès l'origine, que l'encaissement de différences, n'ont jamais eu l'intention de les exécuter (5). Évidemment cette intention ne se présumera pas, parce qu'on ne présume pas la violation de la loi qui défend le jeu ou le pari. On présumera même que l'opération est réelle et sérieuse. Mais cette présomption pourra, comme nous l'avons montré, être combattue par la preuve contraire. Quelles preuves faut-il admettre ?

D'après une opinion assez répandue et admise par quelques arrêts, le juge ne pourrait admettre que la preuve littérale (6).

(1) Cass. req., 18 avril 1887, S., 87. 1. 157, D., 87. 1. 153.
(2) Cass., 9 mai 1857, S., 57. 1. 545, D., 57. 1. 146. — Guillouard, n. 102.
(3) Cass., 21 août 1882, S., 84. 1. 425, D., 83. 1. 258. — Guillouard, n. 102.
(4) V. *supra*, n. 148.
(5) V. *supra*, n. 51.
(6) Paris, 6 juin 1885, S., 86. 2. 1, D., 85. 2. 121. — Paris, 19 juin 1885, S., 86. 2. 1, D., 85. 5. 171. — Dijon, 18 mars 1891, S., 92. 2. 53, D., 91. 2. 384. — Rouen, 17 mai 1893, *Rev. Soc.*, 94. 1. 370. — Trib. com. Seine, 23 janv. 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 555. — Trib. com. Toulouse, 20 janv. 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 553. — Paris, 12 mars 1896, S., 97. 2. 69. — Paris, 23 juil. 1896, S., 97. 2. 69. — Rouen, 5 mai 1897, S., 97. 2. 238. — Trib. com. Seine, 26 sept. 1899, *Journ. trib. com.*, 1901. 245. — Badon-Pascal, *La Loi*, 21 avril 1885, et *Droit financier*, 1894, p. 471 s. ; Bailly, *Rev. bourguignonne de l'enseign. sup.*, II, 1892, p. 757 s. ; Rendu, *France judiciaire*, 1885, 1re partie,

Mais, dans un autre système, toute preuve est autorisée [1].

Le premier de ces systèmes se base sur les travaux préparatoires ; il ne nous paraît pas exact.

Dans le projet du gouvernement, toute preuve contraire était admise : « Toutes les fois, dit le rapport de la commission extraparlementaire [2], qu'on allègue que, pour tourner la loi, on a eu recours à une simulation, tous les moyens de preuve sont admis, même les présomptions de l'homme ou indices. *Il serait évidemment déraisonnable d'exiger un écrit pour prouver la simulation.* » Si la Chambre a rejeté ce système, c'est pour y substituer celui d'après lequel aucune preuve contraire ne pouvait être admise ; mais nous avons montré que le Sénat est revenu au projet du gouvernement ; en substituant les mots « se résoudraient » aux mots « devaient se résoudre », il a voulu annuler le marché par différence, et, comme il s'agit d'une fraude, toute preuve destinée à démontrer le jeu est admissible. Le rapporteur dit qu'on refuse de valider « des conventions nouvelles, inconnues jusqu'ici et par lesquelles, *au moment même de la transaction,* les parties s'engageraient par écrit

p. 203 ; Deloison, *Tr. des val. mob. et des opérat. de bourse*, n. 476 et 477 ; Hayem, *Des opérations à terme sur les march.*, p. 15.

(1) Rouen, 4 mars 1886, *Rec. Rouen*, 86. 1. 33. — Paris, 30 juin 1894 (2 arrêts), S., 95. 2. 257 et 262, D., 95. 2. 52 (signature d'un bulletin d'adhésion à une affiche portant que les opérations sont faites directement et fait que les contractants n'ont jamais réclamé l'exécution ; disproportion entre la fortune et le montant des marchés). — Paris, 31 mai 1895, S., 96. 2. 47. — Paris, 22 nov. 1895, S., 96. 2. 47 (correspondance et comptes de liquidation). — Trib. com. Seine, 17 août 1895, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 76 (profession du joueur qui a spéculé sur les grains et sur les sucres). — Nancy, 30 nov. 1896, S., 97. 2. 72. — Paris, 15 déc. 1896, S., 97. 2. 69, D., 97. 2. 291 (importance excessive des opérations). — Paris, 19 déc. 1896 (6 arrêts), S., 97. 2. 69, D., 97. 2. 291 (correspondance, etc.). — Angers, 8 juil. 1895, S., 95. 2. 257 (correspondance des parties ou comptes de liquidation envoyés mensuellement). — Trib. civ. Carpentras, 26 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 643. — Paris, 6 mars 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 550. — Trib. civ. Toulouse, 30 déc. 1889, *Gaz. Trib.* 16 mars 1890. — Trib. civ. Seine, 3 déc. 1895, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 552. — Trib. civ. Seine, 7 fév. 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 552. — Lacoste, *op. cit.*, p. 283 s. ; Sarrut, *Note*, D., 85. 2. 121 ; Labbé, *Note*, S., 86. 2. 1 ; Guillouard, n. 115 et 116 ; Buchère, *Tr. des opérat. de bourse*, n. 472 et 473 ; Levé, *Code de la vente commerciale*, n. 537 ; Wahl, *Note*, S., 95. 2. 257 ; Buchère, *Ann. dr. comm.*, 1896, p. 25 s.

(2) *Rev. crit.*, XI, 1882, p. 481.

à résoudre l'opération par le payement d'une simple différence. » C'est des mots *par écrit* qu'est né le système qui exige une preuve écrite du jeu ; mais il est facile de voir que cette expression est employée par le rapport pour mieux marquer l'idée d'une convention concomitante au marché, et qu'on n'a pas voulu y attacher une signification ; sinon le rapporteur aurait expliqué pourquoi il exigeait une convention écrite, et cela est d'autant plus vrai qu'un peu plus haut et dans le même développement, le rapporteur dit simplement qu'on a voulu faire ressortir la validité des marchés à terme sérieux et la nullité des jeux de bourse déguisés sous la forme de marchés à terme ; le but de la loi c'est d' « empêcher que l'auteur d'un marché puisse être appelé à fournir la preuve que ce marché est réel, ce qui renverse l'ordre juridique de la preuve. » Et la même idée est encore exprimée dans la suite du rapport [1].

Le rapport fait à la Chambre, lors de la seconde délibération, faisant allusion à la modification que le Sénat avait apportée au texte voté par la Chambre, dit qu'elle a pour but de « ne pas laisser croire que la loi nouvelle entendait couvrir le pari, ce qui eût été l'abrogation pure et simple de l'article 1965 du Code civil. » C'est donc l'article 1965 qu'on a voulu maintenir, et cet article autorise toute preuve contraire. Il est vrai qu'ensuite le même rapporteur, se basant sur l'article 1352, dit que « le législateur entend formellement dénier toute action en justice pour établir le contraire de ce qui résulte des termes du marché. » Mais il ajoute encore ensuite que les marchés à terme qui *doivent nécessairement* se résoudre par le payement d'une différence sont nuls.

Enfin, en l'absence d'un texte formel, les déclarations faites par un rapporteur — surtout à une seule des deux chambres — ne sauraient être admises.

Au point de vue de l'équité, le système de nos adversaires

[1] Faisant allusion au jeu de bourse déguisé sous un marché à terme, le rapporteur dit, sans plus faire allusion à l'existence d'un écrit : « De telles opérations auraient-elles le caractère d'un marché ? Nullement, et on ne saurait les valider à propos d'une loi sur les marchés à terme. » — V. *supra*, n. 51.

soulève, quoique dans une mesure moindre, les mêmes objections que celui qui rejette toute preuve du jeu.

155. Il faut complètement écarter un dernier système qui autorise la preuve du jeu par tous moyens, même par témoins, en n'excluant que les présomptions (1).

SECTION IV

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

156. La plupart des législations étrangères admettent, comme la nôtre, la nullité du jeu de hasard et du pari. C'était la solution donnée par la plus grande partie des lois allemandes (2).

(1) Naquet, *Le droit financier*, 1894, p. 421 s.

(2) Jusqu'au XIIIe siècle le jeu était reconnu par la loi. Bruck, v° *Spiel ;* Stobbe, *Deutsch. Privatrecht*, III, p. 335 ; Schulte, *Hist. du dr. et des instit. de l'Allemagne* (trad. Fournier, p. 494). Quelques législations font exception pour le jeu pratiqué avec les mineurs et les personnes se trouvant sous la puissance paternelle ; la plupart ne permettent pas de poursuivre les héritiers du perdant. Bruck, *loc. cit. ;* Stobbe, *loc. cit.* — A partir du XIIIe siècle, on déclare nulle presque partout toute dette résultant du jeu ; quelquefois on excepte quelques espèces de jeux. Quant au pari, il était autorisé, particulièrement si l'enjeu était déposé entre les mains d'un tiers, ou si l'assistance de témoins certifiait le caractère sérieux du pari. Bruck, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Wette*. Mais la dette une fois payée ne donne pas lieu à une action en répétition de l'indû. Stobbe, *loc. cit.* ; Bruck, v° *Spiel ;* Schulte, *loc. cit.* — Après la réception du droit romain, on distingua les jeux d'adresse, qui étaient permis, et les autres, qui étaient nuls. Bruck, v° *Spiel*. Le pari resta permis. Bruck, v° *Wette*. — Avant le Code civil allemand la plupart des législations allemandes faisaient la même distinction. — En Prusse, le jeu ne donnait lieu à aucune action, mais les sommes payées ne pouvaient être répétées (I, 11, §§ 577, 578, 866, 867 ; Introduction, § 86). En outre la loi n'accordait aucune action pour la répétition de l'argent prêté à celui qui avait déclaré expressément vouloir l'employer à jouer ou à payer les sommes perdues au jeu. Il résulte de là qu'en principe le prêt donnait lieu à une action. — Trib. sup. comm. empire Allemagne, 27 fév. 1875, *Entsch.*, XVI, p. 229, *Anal. journ. dr. int.*, III, 1876, p. 369. A plus forte raison le prêt fait pour rembourser un prêt relatif au jeu était valable. — Trib. sup. comm., 15 mai 1875, *Entsch.*, XVIII, n. 26, p. 109, *An. jour. dr. int.*, IV, 1877, p. 154. — Le pari était autorisé par le droit commun. Windscheid, *Lehrb. der Pand.*, 5e éd., p. 582, § 419 ; Bruck, v° *Wette*. — Les législations allemandes prohibaient le pari sur un jeu défendu et même quelquefois sur un jeu autorisé. Le Code gén. prussien (I, 13, § 579) ne donnait d'action judiciaire au pari que si le montant en était déposé entre les mains de la justice

Le Code civil allemand, qui est entré en vigueur à partir de 1900, dispose dans son article 762 : « Le jeu et le pari n'engendrent point d'obligation. Ce qui a été payé pour cause de jeu et de pari ne peut être répété sous prétexte qu'il n'existait pas d'obligation. Ces dispositions doivent être également appliquées à l'engagement que contracte le perdant vis-à-vis du gagnant, en vue d'exécuter une dette de jeu ou de pari, notamment sous forme de reconnaissance de dette. »

En Autriche, les articles 1270 à 1272 du Code civil paraissent donner la solution du droit français (1).

En Angleterre, ce sont également les règles de notre Code civil qui l'emportent (2).

ou d'un tiers. Le Code civ. du roy. de Saxe, § 1480, reproduisait la disposition du C. civ. V. aussi la loi saxonne du 11 avril 1864, § 6 — Le Code gén. prussien (l. 11, § 581), comme nous l'avons dit, portait que toute action était refusée au prêteur quand la destination expresse des deniers fournis était le jeu ou l'extinction d'une dette de jeu. On concluait de là que l'intention d'employer au jeu les sommes prêtées, fût-elle connue des parties et révélée par les actes des parties, ne permettait pas d'invoquer l'exception de jeu. — Trib. sup. Berlin, 19 sept. 1873, Striethorst, *Archiv fuer Rechtsfaelle*, 3e s., 5e année, I, p. 252, *An. jour. dr. int.*, II, 1875, p. 285. — Pour le prêt, v. encore *supra*, n. 125 s., notes.

(1) Le prix d'un pari ne peut être exigé en justice (C. civ., art. 1271) ; tout jeu est assimilé au pari (art. 1272). — V. cep. Cass. Autriche, 1er mai 1872, *Samml. von civilrecht. Entsch.*, n. 4592, *Anal. journ. dr. int.*, V, 1878, p. 391 (enjeu déposé chez un tiers ; pari valable). — Le prêt, même par un partenaire ou par le tenancier de la maison de jeu, est valable. — Cass. Autriche, 27 avril et 18 janv. 1871, *Samml. von civilrecht. Entsch.*, IX, n. 4144 et 4021, *Anal. journ. dr. int.*, IV, 1877, p. 69 et 70. — *Ibid.*, 4 janv. 1872, *Samml.*, n. 4426, *Anal. journ. dr. int.*, V, 1878, p. 387.

(2) *Angleterre.* Autrefois, sauf à l'époque de Noël, tous autres que les gentlemen ne pouvaient se livrer aux jeux de tennis, cartes, dés, boules, etc., sous peine d'amende et d'emprisonnement (53, Henri VIII, c. 9) ; en outre, les sommes engagées étaient limitées à 100 livres ; le gagnant d'une somme supérieure était soumis à une amende triple du gain (16, Ch. II, c. 7 ; 5 et 6, Guil. IV, c. 41). Aujourd'hui, toute dette de jeu est déclarée nulle, ainsi que les contrats en provenant. Les sommes inférieures à 10 livres ne peuvent être répétées, si elles sont volontairement payées ; les sommes supérieures à ce chiffre peuvent être répétées pendant trois mois. — Les paris aux courses, par l'intermédiaire des agences, sont interdits et les sommes déposées à ces agences peuvent être répétées (8 et 9 Vict., c. 109). — Cependant on admet la validité des jeux d'adresse, par exemple du jeu de billard. C. comté Brompton, 29 oct. 1891, *Anal. journ. dr. int.*, XIX, 1892, p. 742 (il y est cité une décision portant que la poule est un jeu de hasard). V. Alf. Michel, *Jeux prohibés dans la légis. anglaise, Journ. dr. int.*, XVIII, 1891, p. 743 ; Pavitt, *Le dr. angl. codifié*, p. 66. — Les contrats ayant pour but des garanties pour le paiement de dettes

Les articles 1927 et 1928 du Code civil du Bas-Canada reproduisent les articles 1965 à 1967 du Code civil français.

En Belgique, c'est le Code civil français qui est resté en vigueur ([1]).

La loi espagnole reproduit les dispositions du Code civil français, en ajoutant que le perdant mineur ou privé de l'administration de ses biens a une action en repétition (C. civ., 1798 s.).

En Hollande, les articles 1825 à 1828 du Code civil reproduisent les articles 1965 à 1967 du Code civil français. La novation n'éteint pas l'exception de jeu.

En Italie, le Code civil (art. 1802 à 1804) reproduit le Code civil français. Le mineur, l'interdit et la personne pourvue d'un curateur peuvent répéter les sommes payées, même volontairement.

Au Japon, le Code civil reproduit les articles 1965, 1966 et 1967 du Code civil français. La reconnaissance de dette, le cautionnement et la novation, si le jeu est prohibé, sont nuls. Le pari n'est autorisé que s'il se rattache à un jeu permis, et, si, en outre, il est fait entre personnes prenant personnellement part au jeu. L'exception de jeu peut être suppléée d'office.

Au Portugal, l'exception de jeu est admise, mais le payement fait en vertu de la dette de jeu peut être répété (C. civ. 1542).

En Russie, l'exception de jeu est également admise ([2]).

de jeu ou de pari ou pour de l'argent prêté en vue du paiement de ces dettes étaient nuls (9, Ann, c. 14); ils ont été ensuite *illégaux*, c'est-à-dire nuls entre les parties, mais valables en faveur d'un tiers de bonne foi (5 et 6, Guil. IV, c. 41); aujourd'hui tout contrat se rattachant à un jeu ou un pari illicite est nul et ne donne pas lieu à une action en justice (8 et 9 Vict., c. 109, § 18). — V. cep. pour la société, Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Tr. de la soc.*, p. 45, note 9. — Les agences de paris sont illicites (16 et 17 Vict., c. 119, § 1 s.) et les objets remis entre leurs mains peuvent être revendus (§ 5), sauf les sommes destinées aux gagnants eux-mêmes (§ 6). V. Lehr, *Eléments de dr. civ. anglais*, n. 740.

([1]) V. les diverses décisions citées précédemment, *passim*.

([2]) Il n'y a rien dans les codes, sauf cependant une disposition validant le prêt, mais seulement s'il est fait par un tiers qui ignore la destination des sommes (Svod, 2014 et 2019). La jurisprudence refuse l'action en justice aux cas de dettes de jeu ou de marchés à termes y assimilés, mais n'accorde pas d'action en répé-

En Suisse, d'après les articles 512 et 513 du Code fédéral, il n'y a pas d'action en justice pour le jeu et le pari, ainsi que pour les avances ou prêts faits sciemment en vue d'un jeu ou d'un pari, et les marchés à terme sur marchandises et valeurs de bourse qui présentent les caractères du jeu ou du pari. Le payement d'une reconnaissance de dette ou d'une obligation de change souscrite par l'auteur du jeu ou du pari à titre de couverture ne peut être poursuivi en justice, sauf les règles spéciales à la lettre de change.

157. En ce qui concerne les marchés par différence, le désaccord est plus grand. En Allemagne, le marché par différence était généralement regardé comme un jeu; toutefois, en l'absence de texte, la question était controversée (1). Mais le nouveau Code civil, qui est entré en vigueur à partir de 1900, porte que « si une convention obligeant à la livraison de marchandises ou de valeurs est conçue de telle façon que la différence entre le prix convenu et le cours de la bourse ou du marché à l'époque de la livraison doit être

tition ; le pari est assimilé au jeu. Lehr, *Élém. de droit civ. russe*, II, p. 355 s.

Le Code baltique interdit les jeux dans lesquels le gain dépend du hasard seul, sans déploiement sensible des forces physiques ou intellectuelles. De plus, action en répétition. Les jeux licites eux-mêmes ne donnent pas lieu à une action en justice, mais la répétition n'est pas admise. Le prêt fait en vue du jeu, même si le prêteur est resté étranger au jeu, ne donne pas lieu à une action en justice. Le pari, s'il a trait au jeu, est nul dans les mêmes conditions que lui ; au cas contraire il donne lieu à une action s'il est sérieux, que l'objet n'en soit pas illicite, et que le montant en soit raisonnable, eu égard à la fortune des parties. Lehr, *op. cit.*, II, p. 358 s.

(1) Une partie de la doctrine considérait le marché par différence comme dépourvu de toute action en justice, soit comme jeu (Gœnner, *Staatschulden*), soit comme loterie (Nebenius, *Der œffentliche kredit*, §§ 11 et 12). D'autres y voyaient une *emptio spei* (Ehrmann, *Rechtliche Ansichten ueber den vielbesprochenen Handel mit Staatspapieren*, § 16). — En général, l'action en justice était admise et le marché par différence distingué du jeu. — Trib. appel Berlin, 18 nov. 1868 et Trib. appel comm. Nuremberg, 22 avril 1870, *Zeitsch. f. Handelsrecht*, XVIII, p. 280 et 282. — Malzs, *Zeitsch. f. Handelsrecht*, IV, p. 1 s.; Endemann, *Handelsrecht*, § 119 s. — V. cep. Trib. Empire, 4 juin 1872, D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Bourse de commerce*, n. 11. — C'est un des points que le Code de commerce allemand avait passés sous silence et qui étaient par conséquent tranchés par les lois de chaque pays de l'empire. — V. Gareis, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Differenzgeschaeft*. Ainsi dans la Prusse rhénane on admettait la nullité (*Entsch. d. Reichsoberlandesgerichts*, XIV, p. 275). Il en était de même à Hambourg. Au contraire le jeu de bourse était valable à Francfort, *ibid.*, XV, p. 278, et en Saxe, *ibid.*, XVII, p. 322, C. civ., 1582.

seule payée par le perdant ou gagnant, cette convention est considérée comme un jeu. Il en est ainsi même lorsque l'intention d'une seule des parties tend au paiement de cette différence, si l'autre partie connaît ou est en situation de connaître cette intention. »

En Autriche, les jeux de bourse ne sont valables que dans des conditions déterminées (1).

En Angleterre, les jeux de bourse sont autorisés (2).

Ils sont, au contraire, interdits en Belgique par la jurisprudence (3).

(1) Le marché par différence est valable pourvu qu'il soit fait dans le local et aux heures de la bourse. L. 1er avril 1875, § 12 s.

(2) Une loi de 1734 punissait d'une amende les vendeurs et acheteurs d'effets publics qui n'avaient pas, lors du contrat, à leur disposition les titres ou les fonds. Cette loi a été abrogée en 1860 ; du reste, elle était depuis longtemps en désuétude. Les jeux de bourse sont donc autorisés. — V. Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, IV, n. 984. — V. cep. Brugada, *Ann. dr. comm.*, III, 1889, *Doct.*, p. 32 et une décision de la chambre des lords, 1896, *Ann. de dr. com.*, 1897, p. 305.

(3) La jurisprudence admet la validité du marché à terme, mais la nullité du marché par différence, quoique les art. 421 et 422 de notre C. pén., ne figurent pas dans le nouveau Code pénal belge. — Sur le premier point : Cass. belge, 4 juin 1840, *Pasicr.*, 41. 1. 246. — Bruxelles, 30 mars 1826, *Pasicr.*, 26. 107. — Bruxelles, 11 juin 1836, *Pasicr.*, 36. 2. 141. — Bruxelles, 13 août 1839, *Pasicr.*, 39. 2. 191. — Bruxelles, 12 mai 1849, *Pasicr.*, 49. 2. 323. — Liège, 29 avril 1865, *Pasicr.*, 65. 2. 188. — Bruxelles, 19 nov. 1890, *Journ. d'Anvers*, 1892, p. 31, *Anal. Journ. dr. int.*, XX, 1893, p. 226. — Bastiné, *Code de la Bourse*, 1876, n. 95 ; Guillard, *La Bourse, les agents de change et les opérations de Bourse en Belgique, Journ. dr. int.*, IV, 1877, p. 329 s., n. 25 et 26. — Décidé cependant que le marché à terme est nul si, lors de l'exécution, il ne s'opère pas une livraison de titres ou d'argent. — Liège, 26 juill. 1893, *Pasicr.*, 94. 2. 17. — Sur le second point : Bruxelles, 19 nov. 1890, précité. — Bruxelles, 15 fév. 1895, *Pasicr.*, 95. 2. 208. — Guillard, *op. cit.*, p. 405 s., n. 50 s. ; Laurent, *Le dr. civ. intern.*, VIII, n. 111. — Il résulte de la loi du 30 déc. 1867 que les marchés à terme sont présumés sérieux, et que le jeu de bourse suppose la volonté commune des parties de liquider l'opération par un payement de différences. — Bruxelles, 3 juil. 1869, *Pasicr.*, 69. 2. 353. — Bruxelles, 8 juin 1870, *Pasicr.*, 70. 2. 257. — Gand, 24 juill. 1873, *Pasicr.*, 73. 2. 339. — Bruxelles 7 déc. 1874, *Pasicr.*, 75. 2. 45. — Trib. com. Gand, 13 juin 1877, cité pa, Guillard, *op. cit.*, p. 408, n. 54. — Trib. civ. Bruxelles, 19 juin 1893, *Pasicr.*, 94. 3. 38. — Guillard, *op. cit.*, p. 407, n. 52 ; Bastiné, *op. cit.*, p. 528. — Cette volonté peut résulter du nombre et de l'importance des opérations comparés aux ressources des parties, et de la nature des titres. — Bruxelles, 15 fév. 1895, précité. — Le juge ne peut suppléer d'office l'exception de jeu, parce que, les art. 421 et 422 C. pén. ayant été abrogés, on ne considère plus ce moyen comme étant d'ordre public. Guillard, *op. cit.*, p. 410, n. 57.

En Italie, la loi admet leur validité, mais la portée des textes est discutée (1).

La validité est également admise en Espagne (2).

Elle est rejetée aux États-Unis (3), au Japon (4), au Portugal (5).

(1) La question de la validité des jeux de bourse était autrefois discutée. — V. Diena, *Journ. dr. int.*, XXIII, 1896, p. 66 ; Wahl, *Note*, S., 97. 4. 1. — L'art. 1er de la loi du 13 sept. 1876 (confirmant celle du 14 juin 1874) porte que les contrats à terme doivent être faits sur timbre. L'art. 4 ajoute : « Est accordée aux contrats à terme mentionnés dans l'art. 1er de la présente loi et stipulés dans les formes par elle établies, l'action en justice, même quand ils ont pour objet le seul paiement de différences. » Il semble résulter de là que les marchés par différences ne sont valables qu'à la condition d'être revêtus du timbre. V. Vidari, *Corso di dir. comm.*, 4e éd., III, n. 2916 s.— Cass. Naples, 7 janv. 1895, *Journ. dr. int.*, XXIII, 1896, p. 215. — Rome, 13 juil. 1895. S., 97. 4. 1.— Florence, 20 mai 1898, *Legge*, 98. 1. 51. — Cass. Turin, 15 avr. 1899, *Legge*, 99. 2. 305. — Diena, *op. cit.*, p. 67. — Cependant certains tribunaux n'exigent pas cette condition et admettent qu'une amende est la seule sanction du défaut de timbre. — Gênes, 27 oct. 1894, *Legge*, 94. 2. 804. — Trib. civ. Florence, 6 mars 1897, *Legge*, 1897. 1. 777. — Trib. civ. Naples, 16 mars 1900, *Legge*, 1900. 1. 665. — Trib. civ. Florence, 20 juil. 1900, sous Florence, 24 nov. 1901. S., 1901. 4. 9.— Certains tribunaux vont jusqu'à annuler les marchés par différences et soutenir que la loi de 1876 a simplement établi la présomption *juris tantum* que les marchés sur timbre sont des marchés à terme valables.— Cass. Turin, 22 août 1878, *Ann. giurispr. ital.*, 78. 542. — En tout cas, on admet que les marchés à terme sont valables alors même qu'ils ne sont pas timbrés. — Cass. Naples, 7 janv. 1895, précité. — Cass. Turin, 20 juin 1882, 10 août et 14 fév. 1887, *Annali*, XXI. 1. 225.— Cass. Turin, 3 juil. 1895, *Monit. dei Trib.*, 95. 756. — Gênes, 17 mai 1894, *Annali*, 94. 3. 250. — *Contra* Gênes, 20 mai 1892, *Annali*, 92. 5. 228. — Le mandat de faire un marché par différences est considéré comme valable même s'il n'est pas sur timbre. V. Wahl, *Note*, S., 1901. 4. 9, § 4, n. 8.

(2) Un décret du 12 mars 1875 reconnaît la validité des marchés par différence, à la condition que les opérations soient publiées en bourse et faites par l'intermédiaire de la chambre syndicale et à l'échéance au plus tard du mois suivant. V. sur l'historique de la législation, Brugada, *Ann. dr. comm.*, III, 1889, *Doctr.*, p. 30 s. — Cpr, cep. Trib. supr., 16 août 1888 et 22 fév. 1889, *Ann. dr. comm.*, IV, 1890, *Doctr.*, p. 291 (ces arrêts appliquent une loi du 8 fév. 1854 invalidant les jeux de bourse). — Trib. supr., 16 oct. 1889, *Ann. dr. comm.*, VI, 1892, *Doctr.*, p. 137 (par application de la loi de 1854 et du décret de 1875).

(3) Les marchés par différence sont nuls. C. supr. Pensylvanie, 7 mars 1881, *Anal. journ. dr. int.*, IX, 1882, p. 454.

(4) Le C. civ. de 1890 refuse toute action en justice pour les marchés à terme si les parties ont l'intention de les régler par le paiement de différences.

(5) A défaut d'exécution, les marchés à terme n'engendrent pas d'action s'il est démontré qu'au moment de la vente, la partie qui intente l'action en justice n'avait pas à sa disposition les titres ou les fonds. C. comm., art. 354 s.

Elle est aussi rejetée dans la République Argentine (1), en Russie (2), en Suisse (3).

158. La loterie est également réglée de manières diverses (4).

(1) Les jeux de bourse qui n'obligent pas au paiement ou à la livraison, mais doivent se résoudre par le paiement de différences, ne donnent pas d'action en justice (C. comm., 80).

(2) Les marchés à terme d'*actions*, même sérieux, sont nuls (art. 2167). A raison des termes restrictifs de ce texte, on admet la validité du marché à terme portant sur des obligations ou des fonds publics, *Journ. dr. int.*, III, 1876, p. 75. La nullité peut être opposée même si des arrhes ont été versées et la restitution des arrhes peut être demandée. Sénat russe, 12 déc. 1874, *Prat.*, 1874, p. 191, *Anal. journ. dr. int.*, III, 1876, p. 75.

(3) L'art. 512 C. féd. déclare nuls les marchés par différence sous le nom de « ceux de marché à terme sur les marchandises ou valeurs qui présentent le caractère du jeu ou du pari. » L'action est refusée quand les parties ont toutes deux, dès l'origine, l'intention de ne pas réclamer l'exécution du marché, mais cette intention est nécessaire. Trib. féd., 1er mai 1886, cité par Nessi, *Ann. dr. comm*, I, 1886-1887, *Doctr.*, p. 323. — Trib. féd., 24 sept. 1892, cité par Nessi, *Ann. dr. comm.*, VIII, 1894, *Doctr.*, p. 42. — Trib. féd., 9 déc. 1892, cité par Nessi, *eod. loc*.— Trib. féd. suisse. 9 fév. 1894 et 21 avril 1894, cités par Nessi, *Ann. dr. comm.*, IX, 1895, *Doctr.*, p. 150. — V. Virgile Rossel, *Manuel du dr. féd. suisse des obligations*, n. 699. — Et cette intention peut résulter de la disproportion entre la spéculation faite et la fortune des parties. Trib. féd., 9 déc. 1892, précité. — D'après d'autres arrêts, il faudrait que les parties eussent formellement ou facitement convenu que le contrat se résoudrait par différences. Trib. féd., 16 déc. 1887, cité par Nessi, *Ann. dr. comm.*, III, 1889, *Doctr.*, p. 45. — Trib. féd., 20 fév. 1891, *Ann. dr. comm.*, VI, 1892, *Doctr.*, p. 89. — Le contrat est nul, même s'il revêt la forme d'un marché à terme. — Trib. féd., 20 fév. 1891, précité.— Dans le canton de Genève, une loi du 29 fév. 1860 déclarait inapplicable aux marchés de valeurs de bourse l'art. 1965 et reconnaissait formellement la validité des marchés par différence.

(4) *Allemagne*. La loterie est un jeu, à moins d'être approuvée par l'État (C. civ., 763). L. 19 avril 1894, punissant ceux qui mettent en vente des portions de billets de loterie plus petites que la loi ou le gouvernement ne l'autorisent. Le C. pén. (art. 286) punit ceux qui organisent une loterie sans autorisation. Les engagements relatifs à une loterie ne donnaient déjà, d'après la loi du 8 juin 1871, une action en justice que si la loterie était autorisée, Diverses lois locales règlent le côté pénal.— *Angleterre*. Les loteries y sont interdites.— V. 9, Georges I, chap. XIX.— Haute cour justice, chancellerie, 18 avril 1891, *An. journ. dr. int.*, XIX, 1892, p. 743. — 42, Georges II, ch. CXIX. — *Canada*. La loterie ne donne lieu à aucune action en justice ; le lot peut être confisqué au profit de celui qui en fait la demande. Il n'en est autrement qu'en cas de partage d'une chose indivise (Statuts de Québec revisés, 2912 et 2194).— *Etats-Unis*. Les statuts revisés de New-York (1re p., tit. 8, ch. XX, art. 4, § 32) portent que « toute personne qui achète une part, un intérêt ou un billet dans une loterie illégale peut recouvrer le double de la somme ou de la valeur des marchandises données en payement avec le double des frais de l'instance. » Décidé

SECTION V

DROIT INTERNATIONAL

159. Au sujet de la validité du jeu en droit international, la diversité des législations soit au sujet du jeu ordinaire, soit au sujet de la loterie, soit au sujet du marché par différence, conduit aux questions suivantes [1] :

1° Un jeu nul dans le lieu où il est fait doit-il être déclaré nul par les tribunaux étrangers dont la législation reconnaît la validité de ces marchés ?

2° Quel effet les tribunaux d'un pays où la nullité du jeu est proclamée doivent-ils attribuer à un jeu passé dans un pays où il est valable ?

3° Quel effet les tribunaux d'un pays où la nullité du jeu est proclamée doivent-ils attribuer à un jeu passé dans un autre pays où il est également nul ?

4° Quel effet les tribunaux d'un pays où le jeu est valable ou nul sans restriction doivent-ils attribuer à un marché passé dans un pays où la validité est subordonnée à des conditions de forme ?

5° Quel effet les tribunaux d'un pays où la validité du jeu est subordonnée à des conditions de forme doivent-ils attribuer à un jeu passé dans un pays où il est valable ou nul sans restriction ?

§ I. *Jeu nul au lieu où il est fait et valable au lieu où l'exécution est demandée.*

160. Dans cette hypothèse le sort du marché a été rarement mis en discussion, et la nullité en a toujours été ad-

que cela ne s'applique pas aux emprunts à prime émis par un gouvernement étranger. — C. d'appel New-York, 24 juin 1884, *Journ. dr. int.*, XIII, 1886, p. 612. — *Japon.* La loterie ne donne lieu à aucune action. — *Russie.* Le Code baltique considère la loterie comme une vente d'espérance licite, mais soumise à l'agrément des autorités et, si la valeur de l'objet mis en loterie dépasse 1,500 roubles, à l'autorisation de l'empereur. Lehr, *Eléments de dr. civ. russe*, II, p. 360. — *Suède.* La loterie est nulle. C. sup. Christiania, 17 mars 1886, *Journ. dr. int.*, XVI, 1889, p. 923.

[1] V. Wahl, *Notes* S., 97. 4. 1 et S. 1901. 4. 9 et *Les jeux de bourse en*

mise [1]. Cette solution est également, sans doute, dans la pensée des autorités qui refusent aux contractants, dans les pays où le jeu est nul, une action basée sur un jeu passé dans un pays où il est valable. Dire (c'est, comme nous le verrons, le raisonnement auquel on se livre) que c'est là une dérogation aux principes, fondée sur une considération d'ordre public, c'est dire qu'en règle générale, et quand l'ordre public n'est plus en question, la validité d'un contrat est déterminée par la loi du lieu où le contrat se forme. On serait, sans doute, tout prêt à conclure de là que le contrat ne donnera lieu en aucun pays à une action en justice, dès lors que la loi du pays où se forme le contrat s'oppose à cette action.

161. Cependant, à supposer qu'en effet le tribunal appelé à statuer sur la validité d'un jeu nul d'après la loi du pays où s'est formée la convention, dût prononcer, en principe, la nullité du contrat, n'y aurait-il pas lieu d'admettre certaines exceptions ?

La règle d'après laquelle le sort d'une convention dépend de la loi en vigueur au pays où elle se forme, n'est, d'après l'opinion générale, qu'une application de la volonté présumée des parties ; cette volonté peut donc déroger à la règle ; or il est certain que la volonté, quoique non exprimée, des parties est de faire un contrat valable. Cette volonté doit être observée.

Elle devrait l'être au moins si un principe d'ordre public n'y mettait obstacle, car la règle de l'autonomie de la volonté disparaît évidemment partout où la loi donne une solution à laquelle il est interdit aux parties de déroger. Mais est-ce là une raison pour interdire aux tribunaux étrangers de valider le contrat passé dans un pays où il est nul pour une raison d'ordre public ? Nous ne pensons pas que l'affirmative soit

droit international., *Journ. dr. int.*, XXV, 1898, p. 234 et s. Nous reproduisons, dans les développements qui suivent, les idées exprimées dans ces articles.

[1] Trib. Empire Allemagne, 10 mai 1884, *Journ. dr. int.*, 1886, p. 609. —, Diena, *Journ. dr. int.*, 1896, p. 290 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr com.* IV, n. 985 ; Laurent, *Dr. civ. int.*, VIII, n. 110.

exacte d'une manière absolue. Sans doute les tribunaux du pays où le contrat est déclaré illicite sont obligés d'appliquer les lois de ce pays ; mais elles ne s'imposent pas aux tribunaux des pays où le contrat est valable, et qui n'ont pas à tenir compte de lois qui ne sont pas pour eux des lois d'ordre public. Nous ne pensons pas qu'il appartienne au législateur d'un pays d'entraver l'autonomie de la volonté, principe que les tribunaux de tous les pays doivent sanctionner, par des règles arbitraires et d'imposer ces règles aux autorités étrangères qui n'ont pas à tenir compte de ses ordres. En somme, les tribunaux n'ont, selon nous, l'obligation de se conformer aux dérogations que subit le principe de l'autonomie que si ces abrogations émanent d'une autorité à laquelle ils sont tenus d'obéir.

162. La solution est certaine surtout si les parties contractantes appartiennent toutes à une nationalité autre que celle du pays où est proclamée la nullité et, surtout, sont citoyens d'un pays où la validité des jeux est admise ([1]). Ici, selon l'opinion générale, ce n'est même plus en principe que la loi du contrat régit les effets de ce contrat ; les parties sont réputées avoir voulu se conformer à leur loi nationale ; il n'est pas admissible que des juges étrangers, et en particulier leurs juges nationaux, soient tenus d'obéir à la loi du pays où s'est formé le contrat ; supposons que deux Prussiens se trouvant accidentellement en France, y fassent une opération de jeu sur des valeurs allemandes et stipulent que les cours de Berlin seront pris pour base de leurs opérations, que l'exécution du marché aura lieu à Berlin et que le tribunal arbitral de la bourse de Berlin sera appelé à connaître des différends qui les diviseront. La théorie que nous combattons ne sera pas logique si, dans ce cas même, elle n'oblige pas ce tribunal à refuser l'action. Autant vaudrait dire qu'un majorat établi en France sur des immeubles situés en Angleterre doit être déclaré nul dans ce dernier pays, quoique les majorats y soient valables.

([1]) V. un jugement du tribunal de Genève, cité par Lyon-Caen et Renault, *loc. cit*

Une autre argumentation nous paraît conduire à une réfutation plus sûre et plus complète.

Les tribunaux du pays où s'engage une action en justice doivent obéir aux lois de leur pays qui proclament un principe d'ordre public ; ces lois, doivent pour eux prendre le pas sur les lois qui, dans un pays étranger, énoncent une règle opposée, également d'ordre public : les tribunaux doivent avant tout obéir à la seule autorité qui ait le droit de leur donner des ordres.

Or si, dans les pays où l'exception de jeu peut être opposée, cette faculté est d'ordre public, la validité du jeu est également d'ordre public dans les pays où cette validité est reconnue ; elle repose sur la liberté des conventions, sur le caractère obligatoire des engagements, et il est d'ordre public qu'on ne puisse se dérober aux obligations librement assumées. Nous ne comprendrions pas qu'un tribunal pût permettre à un contractant de répudier la foi jurée, sous le prétexte qu'une loi étrangère l'y autorise, quand la loi régulatrice des devoirs de ce tribunal adopte une solution différente et que les motifs dont s'inspire la législation étrangère n'ont, pour les tribunaux régis par d'autres législations, aucune valeur. Cela est vrai surtout des marchés par différence ; les législations qui ont repoussé l'exception de jeu en matière de marchés par différence ont obéi à des considérations où l'intérêt de l'État et l'intérêt social ont la plus grande part ; elles ont pensé que la spéculation est de nature à développer, dans l'intérêt public, les bourses des valeurs, qu'elles activent les transactions, qu'elles consolident le droit de l'État et soutiennent le cours des titres admis par lui ; il a paru aux législateurs de ces pays que la crainte d'un enrichissement immoral et trop rapide doit céder le pas aux nécessités du développement du crédit public. Ce sont là incontestablement des considérations d'ordre public.

§ II. *Jeu valable dans le pays où le contrat est passé et nul dans le pays où l'exécution est demandée.*

163. La jurisprudence et les auteurs des différents pays décident presque généralement qu'un tribunal doit admettre l'exception de jeu édictée par les lois de son pays alors même que le contrat a été passé dans un pays où il est valable (1).

L'exactitude de cette solution nous paraît résulter des développements précédents : toute loi qui repousse ou accorde l'exception de jeu est d'ordre public; elle doit donc être appliquée par les tribunaux que régit cette loi sans qu'ils aient à se préoccuper du lieu où le contrat a été passé. C'est dans un but de moralité publique que l'exception de jeu a été créée, et c'est en raison de sa nature, non pas en raison du lieu où il a été passé, qu'un contrat est conforme ou contraire à la morale.

Peu importerait même que le contrat fût passé entre citoyens d'un pays où il est reconnu valable et dût être exécuté

(1) Rennes, 9 avril 1859, *Journal de Nantes*, 1860, p. 54. — Trib. de Nantes, 13 avril 1861, *Journal de Nantes*, 62. 1. 110. — Cour suprême de Suède, 17 mars 1886, *Journ. dr. int. privé*, XVI, 1889, p. 923. — Trib. féd. suisse, 1er mai 1886, *Ann. de dr. com.*, 1886-87, *Doctr.*, p. 323. — Bruxelles, 27 mai 1886, *Journ. dr. int. privé*, XVI, 1889, p. 923. — Trib. féd. suisse, 16 déc. 1887, *Ann. de dr. com.*, 1889, *Doctr.*, p. 45. — Bruxelles, 19 nov. 1890, *Journ. dr. int. privé*, XX, 1893, p. 226. — Bruxelles, 29 mai 1891, *Journ. des trib. belges*, 1891, p. 816. — Trib. régional Carlsruhe, 11 janv. 1893, *Pasicr*, 96. 4. 66. — Gand, 9 juin 1893, *Journ. dr. int.*, XXI, 1894, p. 586. — Bertauld, *Questions prat. et doctr. sur le G. civ.*, I, n. 47 ; Vincent et Penaud, *Dict. de dr. int. privé*, v° *Jeu et pari*, n. 1 ; Weiss, *Tr. élém. de dr. int. privé*, 2e édit., p. 637 ; Despagnet, *Précis de dr. int. privé*, 2e édit., n. 486 ; Frèrejouan du Saint, *Jeu et pari*, n. 272 et 274 ; Hanssens, *Ann. dr. com.*, 1893, *Doctr.*, p. 259 ; Laurent, *Le dr. priv. internat.*, VIII, n. 109 s. ; Wahl, *Note*, S., 99. 4., 22 ; Von Bar, *Th. und Praxis des internat. Privatrechts*, II, p. 37 et 38, § 57. — *Contra*, Florence 24 nov. 1900 (impl.), S., 1901. 4. 9 ; Brocher, *Cours de dr. int. privé*, II, p. 225 ; Wharton. *A treat. on conflict of laws*, 2e édit., p. 492 ; Phillimore, *Comment. on int. law*, 2e édit., IV, p. 676 ; Story, *Conflict of laws*, p. 258 ; Alb. Rolin, *Principes du dr. int. privé*, I, n. 130. — Cpr. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

dans ce pays (1). Si l'exception de jeu était créée dans l'intérêt de l'État, on pourrait, à la rigueur, soutenir l'opinion contraire, et dire que les tribunaux doivent se désintéresser des faits qui sont de nature à entraver le développement d'un pays auquel ils sont étrangers; mais il s'agit de morale et la morale ne varie pas suivant les latitudes ; on ne peut autoriser les tribunaux à valider en aucun cas un acte qui, d'après la loi de leur pays, est réputé mettre en œuvre des passions condamnables. D'un autre côté, la validation, par les tribunaux, d'un jeu passé à l'étranger pourrait même, dans le pays auquel appartiennent ces tribunaux, éveiller les idées funestes que la loi, en créant l'exception de jeu, a voulu empêcher de naître : les nationaux de ce pays ne seraient-ils pas ainsi mis en mesure d'apprendre qu'il y a pour eux un moyen, en pratiquant les opérations à l'étranger, de s'enrichir par le jeu? Nous ajoutons que, d'après l'opinion générale, une société qui a pour objet l'exploitation d'une maison de jeu ou la contrebande dans un pays étranger doit être déclarée nulle par les tribunaux français sans restriction (2); la décision ne peut qu'être la même pour les opérations de jeu pratiquées à l'étranger. Enfin, comme il est certain que les tribunaux d'un pays où existe l'exploitation de jeu ne peuvent valider le contrat qui doit être exécuté à l'étranger si ce contrat est passé dans leur pays même, on ne comprendrait pas qu'il pût en être autrement dans le cas où le marché est passé à l'étranger. S'il est contraire à l'ordre public dans la première hypothèse, il l'est également dans la seconde.

164. Nous concluons également de ces principes que les tribunaux français ne peuvent ordonner le paiement du billet d'une loterie interdite en France (3). C'est pour des considé-

(1). V. en sens contraire sur ce dernier point, Bruxelles, 23 avril 1891, *Journ. dr. int.*, 1893, p. 225.

(2) V. notre *Tr. de la société*, n. 77.

(3) Paris, 25 juin 1829, S. chr. — Bruxelles, 27 mai 1886, *Journ. dr. int.*, 1886, p. 838. — Trib. civ. Bruxelles, *Journ. des trib.* (belge), 85.464. — Trib. sup. Deux-Ponts, 26 janv. 1898, S., 99. 4. 12. — Trib. sup. Deux-Ponts, 8 mai 1901, S. 1904, 4. 5 ; Laurent, *op. cit.*, VIII, n. 113 ; Vincent et Penaud, v° *Loteries* ; Frèrejouan du Saint, n. 273 ; Von Bar, *loc. cit.* ; Wahl, *Note*, S., 99. 4. 22.

rations d'une haute portée morale que les loteries sont interdites en France.

Mais dans les pays où le commerce des billets de loteries étrangères est seul interdit, pour des raisons d'ordre fiscal, et dans le but d'éviter aux loteries nationales une concurrence dangereuse, une action en justice est permise en tant qu'elle se fonde sur un billet de loterie pris ou négocié sur le territoire d'un pays étranger où cette loterie est autorisée [1] soit par un étranger [2], soit même par un national domicilié à l'étranger [3], ou y résidant [4], ou même n'y résidant pas [5].

§ III. *Jeu nul dans le pays où il est passé et dans le pays où l'exécution en est demandée.*

165. Il est hors de doute que si le jeu est nul à la fois dans le pays où il est passé et dans le pays où l'exécution en est demandée, les tribunaux de ce dernier doivent en prononcer la nullité [6]. Nous n'aurions fait aucune mention de cette hypothèse si elle ne pouvait donner lieu à une complication. La plupart des législations décident que ce qui a été payé volontairement en vertu du jeu ne peut être répété; cependant il en est quelques-unes qui donnent la solution contraire (C. civ. portugais, **1542**). Si le contrat a été passé dans un pays étranger, les tribunaux soumis à la législation de ce pays doivent-ils admettre la répétition même dans le cas où elle est repoussée par la loi du pays où le contrat a été passé ? Les tribunaux d'un pays où la répétition n'est pas admise doivent-ils la repousser même dans le cas où le contrat aurait été passé dans un pays où la répétition est admise ?

Nous pensons que, dans les deux hypothèses, les tribunaux ne doivent obéir qu'aux lois de leur propre pays et,

(1) Wahl, *loc. cit.*, et les auteurs cités ci-après. Cependant, en Prusse, on décide le contraire. Trigant-Geneste, *Journ. dr. int.*, 1896, p. 825 s.

(2) De Bar, *op. cit.*, p. 40, n. 257 ; Wharton, *op. cit.*, § 547.

(3) De Bar, *loc. cit.*

(4) De Bar, *loc. cit.*

(5) V. cep. de Bar, *loc. cit.*

(6) Diena, *op. cit.*, p. 70.

comme pour la solution des questions précédentes, ne pas se préoccuper du lieu où le contrat a été passé.

Les rares législations qui étendent les conséquences de la nullité jusqu'à admettre la répétition de ce qui a été indûment payé en vertu du jeu obéissent aux considérations mêmes qui ont fait édicter cette exception, et poussent simplement la logique jusqu'à admettre des conséquences devant lesquelles, pour des raisons spéciales, les autres législations ont reculé. L'immoralité de l'enrichissement par le jeu justifie pour elles l'action en répétition comme elle justifie le refus de l'action en exécution. Dès lors que cette dernière solution s'impose aux juges, même pour les actes passés dans les pays où le jeu est déclaré licite, la seconde s'impose à eux-mêmes pour les actes passés dans le pays où l'action en répétition est rejetée.

Quant aux législations qui rejettent l'action en répétition, les raisons auxquelles elles ont obéi sont également basées sur la morale. Or l'immoralité est la même en quelque pays que le contrat ait été passé. En tout cas, nous ne saurions admettre que l'action en répétition dût, comme on l'a proposé [1], être reconnue par les tribunaux dans le cas, et dans le cas seulement, où elle est intentée par un étranger dont la loi nationale admet la répétition, et qui a joué dans un pays où cette action en répétition est également admise ; une différence entre les étrangers et les nationaux ne nous paraît pas se justifier.

§ IV. *Jeu soumis à des conditions de forme dans le lieu où il est passé, et valable ou nul dans le pays où l'exécution est demandée.*

166. En Italie la validité des marchés par différence est subordonnée à certaines formes. D'autre part, dans tous les pays où les opérations de bourse doivent être faites obligatoirement et à peine de nullité par l'intermédiaire d'officiers publics déterminés, cette condition de validité tient à la

[1] Albéric Rolin, *op. cit.*, III, n. 1372.

forme, aussi bien que la nécessité de recourir à un notaire pour la rédaction de certaines espèces de conventions est une condition de forme.

Mais cette condition de forme doit être distinguée de la condition à laquelle la loi italienne subordonne la validité des marchés par différence. Les très nombreuses législations qui exigent l'intervention d'un officier public dans les contrats de la bourse ont pour but (ou tout au moins pour prétexte), comme celles qui, pour certaines conventions privées, réclament l'intervention d'un notaire, d'assurer soit le secret des opérations, soit leur sincérité, soit la liberté des parties ; il s'agit, en un mot, d'une véritable solennité. Lorsqu'au contraire la législation italienne veut que les contrats soient, à peine de nullité, écrits sur timbre, sans que les parties aient pour obéir à cette prescription d'autre formalité à accomplir que l'achat de la feuille timbrée et la rédaction de leur écrit sur cette feuille, sans qu'aucune personne désignée à cet effet vienne contrôler cette rédaction, la disposition ne peut avoir qu'un objet, c'est d'assurer une recette au trésor [1]. La situation est la même que celle qu'on voulait introduire en France quand on proposait de sanctionner par la nullité des actes sous seing privé l'obligation imposée aux parties de faire enregistrer ces actes.

Si donc on distingue les conditions de forme par leur but, on doit les ranger en deux catégories.

167. On ne peut éprouver aucun embarras pour la solution de la question de savoir si un tribunal doit tenir compte de l'inobservation des formes exigées, dans un intérêt autre qu'un intérêt fiscal, par la législation du pays où le marché par différences est passé. Si ce contrat est nul dans le pays auquel appartient le tribunal saisi d'une contestation, il doit en proclamer la nullité, alors même que ces formes seraient observées, puisqu'il n'a pas, comme nous l'avons montré, à tenir compte des effets qu'attribue au jeu de bourse la législation en vigueur dans le pays où la convention a été faite. Si, au contraire, cette convention est valable dans le pays

[1] Rome, 15 juil. 1895, précité.

auquel appartient le tribunal saisi de l'action en exécution, il peut se produire sans doute des difficultés, mais ces difficultés n'ont rien de spécial à notre matière ; elles dépendent d'une question générale, celle de savoir dans quelle mesure l'inobservation des formalités exigées à peine de nullité dans le pays où une convention a été passée doit entraîner la nullité quand l'exécution du contrat est poursuivie dans un autre pays. Nous n'entrerons pas dans l'examen de la question. Il nous suffira de dire que, suivant l'opinion générale, ces formalités sont tantôt obligatoires et tantôt facultatives : elles sont facultatives pour des contractants qui appartiennent tous à la même nationalité étrangère, en ce sens qu'ils ont le choix entre les formes édictées dans leur patrie et les formes édictées dans le pays où ils contractent ; elles sont obligatoires dans toutes les hypothèses. Si donc le jeu de bourse a lieu entre parties qui appartiennent toutes à un pays où il n'est subordonné à aucune condition de validité, leur consentement suffit pour les obliger ; en dehors de ce cas le marché qu'ils auraient passé sans l'observation des formes prescrites par la loi locale doit être annulé même par les juges de leur pays.

168. Mais quel compte ces juges doivent-ils tenir du marché qui aura été passé en Italie avec ou sans l'emploi d'une feuille timbrée ? Évidemment (et sur ce point l'hypothèse s'identifie avec la précédente) si, dans le pays où sont institués ces juges, le contrat est nul, ils en prononceront la nullité malgré l'emploi des feuilles timbrées ; mais si le contrat est valable dans ce pays, doivent-ils prononcer néanmoins la nullité du marché passé en Italie sans l'emploi des feuilles timbrées ?

Nous ne le pensons pas [1]. Les différentes théories qui ont été formulées sur l'application de la règle *locus regit actum* aux formalités des actes ne sont pas relatives à cette hypothèse. Il ne s'agit plus ici d'une solennité édictée dans l'intérêt des parties ; on ne peut plus dire, comme on le fait pour

[1] *Contra* Rome, 17 juil. 1886, *Journ. dr. int.*, 1888, p. 696. — Diena, *op. cit.*, p. 292.

justifier la règle *locus regit actum*, que cette règle a été imposée par la nécessité, qu'elle a pour but de suppléer à l'emploi, généralement impossible, des formalités édictées par la loi nationale des parties, que toute législation enfin est apte à déterminer les formes destinées à garantir, sur le territoire soumis à son empire, la liberté et la sécurité des parties. Le droit de timbre n'est exigé que dans un intérêt fiscal, dans l'intérêt privé, si l'on peut ainsi dire, du pays qui l'a établi, et les pays étrangers n'ont pas à se préoccuper de cet intérêt.

Nous admettons qu'à raison des termes généraux employés par la loi italienne de 1876, tous les marchés par différence, passés en Italie, sont *pour les tribunaux italiens* nuls à défaut de timbre, alors même qu'ils seraient exécutoires à l'étranger, mais ils ne sont pas, pour cela, nuls vis-à-vis des tribunaux étrangers. Le caractère obligatoire des engagements — règle d'ordre public comme nous l'avons dit — doit avoir pour ces tribunaux plus d'importance que l'intérêt fiscal d'une nation étrangère.

Il nous semble certain que toutes les jurisprudences, si la question leur était soumise, se prononceraient en ce sens. On va, en général, jusqu'à décider que les tribunaux d'un pays ne peuvent prononcer, quand ils en sont requis, une condamnation en payement d'un impôt réclamé par le fisc d'une nation étrangère. On peut d'ailleurs élever des doutes contre cette solution [1]; elle n'en indique pas moins que les tribunaux entendent se désintéresser de toutes les règles édictées dans les pays étrangers pour assurer la perception des impôts.

A supposer même que les tribunaux d'un pays doivent prêter leur appui à la réclamation d'un impôt faite par une administration fiscale étrangère, il reste néanmoins vrai qu'ils ne doivent ni ne peuvent appliquer la disposition de la loi étrangère qui, à défaut d'acquittement de l'impôt, proclame la nullité de l'acte. Il est, en effet, hors de doute que les peines prononcées par une loi fiscale, à défaut d'inobser-

[1] V. Wahl, *Des droits d'enregistrement dans les rapports internationaux* (1re étude), *Journ. dr. int.*, XVIII, 1891, p. 1085 s.

vation de ses dispositions, sont inexistantes aux yeux des tribunaux étrangers ; c'est une application du principe certain que les tribunaux d'un pays ne peuvent réprimer le délit commis dans un autre pays. Aussi est-ce sur l'assimilation, d'ailleurs inexacte, de l'impôt à une peine, que se fondent les auteurs d'après lesquels un tribunal ne peut prononcer une condamnation au payement d'un impôt dû dans un pays étranger.

§ V. *Jeu valable dans le pays où il est fait et soumis à des conditions de forme dans le pays où l'exécution est demandée.*

169. En vertu de la règle *locus regit actum,* et pour les motifs que nous avons précédemment développés, les tribunaux d'un pays où la validité du marché par différence est subordonnée à certaines formes, doivent admettre la validité du marché passé sans l'emploi de ces formes dans un pays où elles ne sont pas obligatoires ; notamment si, dans leur pays, l'intervention d'un agent de change est nécessaire, ils n'en doivent pas moins sanctionner le contrat passé sans aucun intermédiaire dans un pays où aucun intermédiaire n'est nécessaire.

Nous avons également montré que les tribunaux du même pays sont tenus d'admettre la validité du contrat, quoique le marché soit passé dans un pays où il est nul.

La première de ces solutions n'a soulevé de difficultés qu'au point de vue de l'application de la loi italienne. S'il est exact que cette loi exige à peine de nullité l'emploi de feuilles timbrées pour la rédaction des marchés par différence, les tribunaux italiens doivent-ils prononcer la nullité des marchés par différence passés dans un pays étranger et sans l'emploi de ces feuilles ?

Répondre par l'affirmative, c'est mettre, dans la plupart des cas, les parties dans l'impossibilité pratique de faire sanctionner en Italie les marchés par différence passés à l'étranger, car elles ne peuvent guère songer, au moment où

elles contractent, à faire venir d'Italie une feuille de timbre; cependant divers tribunaux ont, en Italie, admis, même pour les marchés passés à l'étranger, la nécessité des feuilles timbrées [1]. Ils se sont basés sur les termes généraux de la loi et sur les motifs d'ordre public sur lesquels se fonde sa disposition ; ils ont ajouté que la validité du marché par différence n'est reconnue que dans une hypothèse exceptionnelle et qu'en dehors de cette hypothèse on retombe dans l'application du principe général, à savoir la nullité des jeux de bourse. D'autres arrêts, plus nombreux, ont, au contraire, adopté l'opinion opposée [2], à laquelle les auteurs se sont rangés [3] et à l'appui de laquelle ils ont invoqué la règle *locus regit actum*.

170. Nous avons montré, à propos de la question précédente, que la règle *locus regit actum* n'a rien à faire en matière de lois fiscales, et qu'elle se restreint aux formalités qui touchent à la solennité des actes. Néanmoins, c'est la seconde opinion qui nous paraît devoir l'emporter, non pas seulement dans la législation italienne, mais dans toutes les législations qui, par imitation de cette dernière, subordonneraient la validité des jeux de bourse ou d'un jeu quelconque au paiement d'une taxe fiscale. On ne doit pas supposer qu'elles aient en vue les actes passés à l'étranger, parce que leur application rencontrerait pour ces actes, comme nous l'avons dit, de grandes difficultés pratiques. D'autre part, il n'est pas exact que ces législations veuillent frapper de nullité les jeux ou opérations de bourse en principe, et ne fassent exception à cette règle que pour l'hypothèse où un droit est payé au fisc national. On ne peut guère penser que,

(1) Cass. Rome, 10 fév. 1890, *Journ. dr. int.*, 1891, p. 292, et les arrêts en note. — Cass. Rome, 9 avril 1890, *Rev. pr. dr. int. privé*, 1890-91, p. 153. — Gênes, 9 sept. 1896, *Giurispr. ital.*, 1896, p. 607. — Cass. Turin, 9 nov. 1896, *Dir. comm.*, 1897, p. 107. — V. aussi les arrêts cités par Diena, *op. cit.*, p. 73 et par Wahl, *Note*, S., 1901. 4. 9, § 6.

(2) Rome, 13 juill. 1895, précité. — Florence, 24 nov. 1900, S., 1901. 4. 9 et les arrêts cités par Diena, *op. cit.*, p. 74.

(3) Diena, *loc. cit.*; Fusinato, *Di una speciale applicazione della regola Locus regit actum* (*Foro italiano*, 1891), et *Della efficacita in Italia dei contratti di borsa stipulati all'estero* (*Temi Veneta*, 1891).

dans de semblables conditions, les actes soient réputés immoraux, car, vis-à-vis de la conscience, la moralité d'un acte ne pourrait être rachetée par l'acquittement d'une taxe ; l'esprit des législations qui édictent les dispositions de cette nature est, au contraire, de reconnaître, en principe, la validité des actes et de sanctionner seulement d'une manière particulièrement grave l'obligation d'acquitter les taxes fiscales, pour assurer le paiement de ces taxes. C'est surtout en face de la loi italienne que le système contraire nous paraît difficile à défendre ; car ce ne sont pas seulement les marchés par différence, ce sont encore les marchés sérieux au comptant ou à terme dont le texte de 1876, en dépit des difficultés qui se sont élevées sur son interprétation, subordonne la validité à l'emploi d'une feuille timbrée ; or il ne peut être question de considérer ces conventions comme immorales.

171. La seule question qui puisse dès lors s'élever est celle de savoir si l'acte doit être timbré avant qu'il en soit fait usage dans le pays où la nécessité du timbre est écartée, et notamment avant qu'il soit produit devant les tribunaux de ce pays. Si l'on admet l'affirmative, on enlèvera aux parties la possibilité de faire sanctionner leurs droits dans ce pays toutes les fois que la convention aura été conclue verbalement, les actes écrits pouvant seuls être matériellement timbrés.

En règle générale (et sauf une disposition contraire des législations, disposition qui existe notamment en France), la négative nous paraît devoir être préférée ; le droit de timbre est un droit d'acte, un droit établi sur les écrits au moment de la rédaction, puisqu'il est acquitté au moyen de l'emploi d'une feuille préalablement timbrée. Il faut donc admettre que, dans les hypothèses où il n'est pas immédiatement dû, il ne peut être rendu exigible par des circonstances ultérieures.

CHAPITRE III

DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE

SECTION PREMIÈRE

DÉFINITION. HISTORIQUE

172. « Les rentes viagères, dit Pothier, sont celles dont la durée est bornée au temps de la vie d'une ou plusieurs personnes. »

Le contrat de rente viagère est celui qui a pour but de créer une rente de cette espèce.

173. Le contrat de rente viagère est par sa nature un pari sur la vie de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée (1). Cependant, il diffère du pari par son but, qui n'est pas de faire dépendre du hasard le gain ou la perte, mais de procurer des ressources à une personne qui en a besoin pendant sa vie ou celle d'un tiers ; c'est ce que disent avec raison les travaux préparatoires (2), et ce qui justifie la légalité de la rente viagère (3).

Mais nous pensons que quand, en fait, la rente viagère est un pari sur la vie d'une personne, elle ne donne lieu à aucune action en justice.

La rente viagère n'était pas inconnue à Rome. Elle pouvait être constituée soit par testament (4), soit par stipulation (5), à titre gratuit ou à titre onéreux.

C'est donc à tort qu'on soutient que le contrat de rente viagère était inconnu en droit romain (6).

174. Un exemple important de rente viagère dans l'ancien

(1) Guillouard, n. 124.
(2) Exposé des motifs de Portalis, Fenet, XIV, p. 543.
(3) Guillouard, n. 124.
(4). L. 5 et 21, D., *De ann. leg.*, 3.31.
(5) L. 56, § 4, D., *De verb. oblig.*, 45. 1 ; § 3, Inst., *De verb. oblig.*, 3. 16.
(6) Troplong, n. 204 ; Meves, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Leibrentenvertrag*.

droit est dans le précaire ecclésiastique, qui paraît avoir beaucoup aidé au développement de la constitution de rente viagère (1). C'était une donation à une église ou à un monastère, avec réserve d'usufruit pour soi ou pour soi et son conjoint ou toute autre personne (2).

Un capitulaire de Charles le Chauve en 846 exigea que l'église constituât au donateur une rente viagère équivalant au double ou au triple du revenu des biens donnés, suivant que le donateur s'était ou non réservé l'usufruit des biens donnés (3).

SECTION II

CONTRATS QUI SONT DES CONSTITUTIONS DE RENTES VIAGÈRES

175. Le contrat de rente viagère doit être distingué de l'assurance sur la vie, qui, comme lui, est une convention aléatoire (4).

La distinction est du reste facile.

1° L'assurance sur la vie est un acte onéreux ; la constitution de rente viagère peut être à titre gratuit ;

2° Tandis que, dans l'assurance sur la vie, l'assureur s'engage à payer l'indemnité éventuellement, si l'événement prévu arrive, le débi-rentier acquitte au contraire une prestation périodique jusqu'à l'arrivée de cet événement.

Au point de vue des effets, la différence principale est que si la rente viagère est constituée au profit d'un tiers, elle fait partie de son patrimoine ; au contraire on admet que dans des hypothèses nombreuses l'assurance sur la vie reste dans le patrimoine de l'assuré.

Au point de vue fiscal, la distinction présente également des intérêts très considérables. Les constitutions de rente

(1) Troplong, n. 205 ; Pont, I, n. 667.

(2) Formules de Marculfe, liv. II, § 5 (*Marc. form.*, éd. 1780), Baluze, II, n. 406 et 407.

(3) Baluze, *Capitul. reg. franc, anno* 846, éd. 1780, II, p. 32.

(4) Cass., civ., 25 mai 1891, S., 92. 1. 33. — Grenoble, 18 juillet 1895, *Journ. des assur.*, 95. 558. — Desjardins, *Concl.* sous Cass., 25 mai 1891, précité ; Albert Wahl, *Note*, S., 92. 1. 33 et *Exam. doctr. de la jurispr. fiscale*, *Rev. crit.*, XXII, 1893, p. 132 s.

viagère sont soumises à un droit d'enregistrement de 2 p. 100 (L. 22 frim. an VII, art. 69, § 5, n. 2) et les assurances sur la vie à un droit de 1 p. 100 (L. 28 avril 1816, art. 51, n. 1). — La rente viagère, devenant la propriété du rentier, ne doit pas être comprise dans la déclaration de succession de la personne qui a fourni les fonds ; au contraire la loi du 21 juin 1875 veut que l'indemnité d'assurance soit comprise dans la succession de l'assuré.

Enfin la cour de cassation décidait avec raison que la loi du 29 déc. 1884 (art. 8), qui soumet les assurances sur la vie à un abonnement obligatoire au timbre, n'était pas applicable aux rentes viagères ; ces dernières, même quand elles étaient constituées par des compagnies d'assurances, n'étaient soumises qu'au droit fixe de timbre de 60 centimes [1].

Mais l'article 16 de la loi du 13 avril 1898 a admis le principe contraire sur ce dernier point.

176. La rente viagère doit être distinguée encore de la rente perpétuelle, dont elle diffère non seulement par sa durée, mais par sa nature. Le contrat de rente perpétuelle est un prêt [2].

Au point de vue pratique, on peut signaler les différences suivantes entre les rentes viagères et les rentes perpétuelles.

1° Les rentes perpétuelles sont rachetables (art. 1911) ; les rentes viagères ne le sont pas (art. 1979).

2° Les parties peuvent fixer comme elles l'entendent le taux de la rente viagère. Au contraire, le taux de la rente perpétuelle ne peut, en matière civile, excéder les limites établies par la loi du 3 septembre 1807, au moins lorsque la rente est constituée moyennant un capital en argent.

3° Le créancier d'une rente perpétuelle peut, sous certaines conditions, rentrer dans son capital, lorsque le débi-rentier ne paie pas les arrérages (art. 1184 et 1912). Ce droit

(1) Cass. civ., 25 mai 1891, précité. — Desjardins, *loc. cit.* ; Albert Wahl, *loc. cit.*

(2) V. notre *Tr. de la société, du prêt, du dépôt*, 2e éd., n. 952.

n'appartient en aucun cas au créancier d'une rente viagère (art. 1978).

4° Enfin la rente perpétuelle dure indéfiniment, tandis que la rente viagère est essentiellement temporaire.

177. Nous avons distingué la rente viagère du pari [1].

Enfin nous distinguerons plus loin la rente viagère du bail à nourriture [2].

SECTION III

FAITS JURIDIQUES D'OU PEUT NAITRE UNE RENTE VIAGÈRE

178. La rente viagère peut être constituée à titre gratuit ou à titre onéreux.

La rente viagère est constituée à titre gratuit, lorsqu'elle a sa cause, non dans une prestation effectuée par le crédi-rentier pour l'obtenir, mais dans une pensée de libéralité du constituant. Elle est alors une véritable donation, et demeure à ce titre soumise, quant au fond et quant à la forme, aux règles qui régissent cette sorte d'actes. C'est en définitive tout ce que dit l'article 1969, ainsi conçu :

Art. 1969. « *Elle* [la rente viagère] *peut être aussi consti-* « *tuée à titre purement gratuit, par donation entre-vifs ou* « *par testament. Elle doit être alors revêtue des formes* « *requises par la loi.* »

Nous reviendrons sur ces formes [3].

179. A raison de la validité, admise par la jurisprudence, des donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, la constitution de rente viagère qui se présentemait comme étant à titre onéreux (par exemple une reconnaissance de dette de rente viagère) et qui, en réalité, serait à titre gratuit, serait valable [4].

180. La rente viagère est constituée à titre onéreux, lorsque le crédi-rentier fournit ou s'engage à fournir la contre-

[1] V. *supra*, n. 173.
[2] V. *infra*, n. 352.
[3] V. *infra*, n. 200.
[4] Cass., 11 juil. 1888, S., 88. 1. 409. — Guillouard, n. 125.

valeur de la rente. Cette contre-valeur peut consister dans une somme d'argent ou dans toute autre chose soit mobilière, soit immobilière : « *La rente viagère* », dit l'article 1968, « *peut être constituée à titre onéreux, moyennant* « *une somme d'argent, ou pour une chose mobilière appré-* « *ciable, ou pour un immeuble.* »

181. La constitution de rente viagère moyennant des charges équivalentes à la valeur de la rente n'est pas une donation (1).

182. La rente viagère constituée pour prix d'un immeuble ou d'une somme d'argent est une donation, si les arrérages sont inférieurs au revenu de l'immeuble ou du capital aliéné (2).

Il en est de même si les arrérages sont égaux au revenu de la valeur aliénée, car évidemment le crédi-rentier qui, en échange du capital aliéné, reçoit, pendant une période limitée, en aliénant son capital, le revenu auquel il aurait pu prétendre sans l'aliéner, fait une libéralité (3).

Si les arrérages sont supérieurs au revenu de l'immeuble ou du capital, c'est une question de fait que de savoir si le contrat est à titre onéreux ou à titre gratuit (4) : on consultera

(1) Guillouard, n. 129.

(2) Cass., 4 juin 1834, S., 34. 1. 312. — Cass., 16 mai 1866, S., 66. 1. 349. — Cass. req., 26 avril 1893, S., 93. 1. 413 (L'acte ne vaut pas comme donation déguisée lorsque le caractère de libéralité se révèle au premier examen). — Pau, 29 déc. 1886, S., 88. 2. 187. — Trib. civ. Châtillon, 28 déc. 1858, *Journ. enreg.*, art. 17896, *Rép. périod. enreg.*, art. 1202. — Garnier, *Rép. gén. de l'enreg.*, v° *Rente*, n. 50 ; Wahl, *Note*, S., 92. 2. 225. — Décidé que si la rente est le prix d'une vente, cette vente doit être annulée parce que le prix n'en est pas sérieux. — Limoges, 5 mai 1880, D., 81. 2. 50. — Pascaud, *Rev. critiq.*, XI, 1882, p. 148. — C'est une erreur.

(3) Cass., 16 mai 1866, S., 66. 1. 349. — Dijon, 22 janv. 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 306. — Trib. civ. Versailles, 30 juin 1870, S., 71. 2. 77. — Garnier, *op. cit.*, n. 50 et 53 ; *Dict. Enreg.*, v° *Donation*, n. 616; Pont, I, n. 730 et 731 ; Wahl, *loc. cit.*

(4) Cass., 9 juil. 1879, S., 81. 1. 205, D., 81. 1. 27. — Cass., 25 janv. 1899, S., 99. 1. 295. — Cass. req., 26 mai 1903, S., 1904. 1. 295. — Lyon, 13 fév. 1894, *Mon. jud. Lyon*, 19 mai 1894. — Trib. civ. Grasse, 18 juil. 1864, *Rép. périod. enreg.*, art. 1963. — Trib. civ. Dreux, 27 mai 1879, *Rép. périod. enreg.*, art. 5512 (rente de 32.000 fr. à une tante âgée de 75 ans, moyennant un capital de 400,000 fr. ; c'est un contrat à titre onéreux). — Trib. civ. Beauvais, 13 nov. 1891, S., 92. 2. 225 (rente de 2,650 fr. à une personne âgée de

le taux des arrérages, le lien qui unit les parties, la solvabilité du débi-rentier, la santé du débi-rentier.

183. Le fait que les arrérages sont inférieurs à ceux que le crédi-rentier aurait pu obtenir d'une compagnie d'assurances ne suffit pas pour faire attribuer au contrat le caractère d'une donation (1), car le crédi-rentier n'est pas tenu d'avoir confiance aux compagnies d'assurances et il est naturel que le tiers auquel il s'adressera ne puisse pas offrir des arrérages comparables à ceux que peut allouer une compagnie d'assurances, laquelle, spéculant sur un grand nombre de contrats, compense ses risques.

184. La constitution de rente viagère à titre de récompense pour des services rendus est un acte à titre onéreux, et peut, par conséquent, être rédigée par un acte sous seing privé (2).

Ainsi en est-il de la rente constituée au profit d'un domestique pour les services rendus (3).

Toutefois, il est nécessaire que le taux de la rente ne soit pas exagéré eu égard aux services (4). On s'est appuyé, pour soutenir le contraire, sur le singulier motif que le constituant est seul juge de la valeur de ces services.

185. La constitution d'une rente viagère en exécution d'une obligation naturelle n'est pas une libéralité assujettie aux formalités des donations (5).

Nous citerons comme exemple la rente constituée à une femme séduite par le séducteur, soit pour lui permettre d'élever l'enfant né de leurs relations (6), soit même dans le cas contraire.

186. Le juge du fait apprécie souverainement si une rente

75 ans, moyennant un capital de 35,000 fr. ; c'est un contrat à titre onéreux). — *Sic* Wahl, *loc. cit.* ; Pascaud, *Rev. crit.*, XI, 1882, p. 145.

(1) Trib. civ. Beauvais, 13 nov. 1891, précité. — Wahl. *loc. cit.*

(2) Cass., 3 fév. 1846, S., 46. 1. 502, D., 46. 1. 159. — Cass., 15 janv. 1890, D., 91. 1. 30. — Paris, 8 nov. 1892, S., 94. 1. 191 (services rendus par un domestique). — Trib. civ. Seine, 9 mai 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 649. — Pont, I, n. 684 ; Guillouard, n. 130.

(3) Autorités précitées.

(4) *Contra* Paris, 8 nov. 1892, précité.

(5) Guillouard, n. 130.

(6) Cass, 30 nov. 1829, S. chr. — Guillouard, n. 130.

viagère est constituée à titre gratuit ou à titre onéreux, et, évidemment, il n'est pas lié par la qualification que les parties ont donnée à la convention (1).

187. La rente viagère est généralement constituée par contrat.

Cependant, si elle est à titre gratuit, elle peut être constituée par testament.

188. D'autre part la rente viagère est souvent établie par jugement comme moyen de réparer le dommage résultant de la mort d'une personne ou des blessures qu'on lui a causées. Cela se rencontrait déjà dans l'ancien droit (2).

Enfin, la rente viagère peut être constituée par la loi. Ainsi la loi du 9 avril 1898, sur la responsabilité des accidents du travail (art. 3), fixe le montant de l'indemnité viagère due aux ouvriers en cas d'accident.

SECTION IV

CARACTÈRES DE LA CONSTITUTION DE RENTE

189. Le contrat de rente viagère à titre onéreux est consensuel ou réel et non pas solennel.

C'est également le point de vue accepté par les législations étrangères (3).

Toutefois l'article 1969 nous montre qu'il en est autrement si la rente viagère est constituée à titre gratuit (4).

190. Si la rente viagère est constituée moyennant l'aliénation d'un immeuble ou d'un meuble, le contrat est parfait par

(1) Cass., 1er mars 1809, S. chr. — Cass., 15 janv. 1890, D., 91. 1. 30. — Guillouard, n. 132.

(2) Arrêt de Paris, 13 déc. 1629, cité par Bruneau, *Nouveau traité des criées*, 3e éd., Paris, 1704, condamnant un client à fournir une rente viagère à un avocat qui avait plaidé pour lui pendant quinze ans et demi. — Arrêt de Paris, 16 mars 1726, cité par Dareau, *Tr. des injures*, 1775, ch. VIII, p. 424.

(3) *Allemagne*, Meves, *loc. cit.* Cela résultait, en Prusse, de la place occupée dans le code général au milieu des contrats consensuels (I, 11) par le contrat de rente viagère. — *Contra* Rueckert, *Das Leibrentenvertrag* (Erlangen, 1857). — Cependant le code prussien exigeait un écrit (I, 5, § 136) et on décidait de même dans le droit commun allemand, tout en qualifiant le contrat de consensuel. C. civ., 761. — Meves, *loc. cit.* — En Suisse, un écrit est exigé.

(4) V. *supra*, n. 178.

le seul consentement, sans que la délivrance de la chose soit nécessaire pour sa formation, car la vente est un contrat consensuel [1].

Au contraire le contrat est réel si la rente viagère est stipulée en échange d'une somme d'argent [2], car l'article 1909 dit que « le prêt prend le nom de constitution de rente s'il est fait moyennant un capital que le prêteur s'interdit d'exiger » et l'article 1910 ajoute : « cette rente peut être constituée de deux manières, en perpétuel et en viager. » Or le prêt est un contrat réel. Une autre opinion, fondée sur l'autorité de Pothier [3], soutient que le contrat est la « vente d'une rente » pour la somme d'argent confiée par le crédirentier au débi-rentier. Cette conception, inventée dans l'ancien droit pour échapper à la prohibition du taux de l'intérêt, est contraire à la nature des choses, car la rente viagère consiste dans une somme d'argent fractionnée, et la vente d'une somme pour une autre somme est un prêt. Au reste, en présence des textes que nous avons cités, une controverse sérieuse n'est pas possible.

On a également prétendu que le contrat est consensuel si la somme à verser comme prix de la vente n'est stipulée payable qu'au bout d'un certain temps [4]. Cela est exact, mais alors le contrat ne sera plus un prêt, il sera une promesse de prêt [5].

191. Ainsi, lorsque la rente viagère est constituée moyennant une somme d'argent (exemple : je vous donne 10.000 francs à la charge par vous de me servir une rente viagère de 1.000 francs), l'opération est un prêt, par conséquent un

[1] Paris, 11 avr. 1899 (motifs), D., 1902. 2. 373. — Laurent, XXVII, n. 260 ; Guillouard, n. 135 s. ; Pont. I, n. 677. — V. *infra*, n. 193.

[2] Angers, 18 fév. 1837, S., 39. 2. 426, D. *Rép.*, v° *Rente viagère*, n. 17. — Paris, 11 avr. 1899, précité. — Trib. civ. Lyon, 30 déc. 1881, D. 1902. 2. 373 (en note). — Laurent, XXVII, n. 260 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 182 *bis*, I ; Guillouard, n. 136 et 137 ; Lacoste, *Note*, S., 90. 1. 170 ; Pont, *loc. cit.* — *Contra* Troplong, n. 215 ; Pont, I, n. 677. — V. le n. suiv.

[3] *Du contr. de constit. de rente*, n. 216. — V. aussi *Exposé des motifs* de Portalis, n. 12, Locré, XV, p. 178. — Rapport de Siméon au Tribunat, n. 8, Locré, XV, p. 188.

[4] Paris, 11 avril 1899, précité ; Pont, I, n. 677.

[5] Guillouard, n. 137.

contrat unilatéral (1). Cette solution est donnée par les articles 1909, 1910 et 1914. Il en résulte aussi, comme nous l'avons dit, que le contrat n'est parfait que par la tradition de la somme d'argent au débi-rentier, et encore que, si les parties dressent un acte sous seing privé pour constater la convention, un seul original suffira (2).

Rien mieux que ces observations ne saurait montrer l'erreur juridique qu'a commise le législateur en rangeant le prêt de consommation parmi les contrats unilatéraux ; car l'intention des parties n'est-elle pas la même, que la rente soit stipulée en vertu du prêt ou en vertu d'une vente ? Au surplus nous montrerons que, dans la réalité, les obligations du crédi-rentier sont les mêmes dans ces deux sortes de contrats.

192. Il va sans dire que les parties peuvent convenir que le versement de la somme en échange de laquelle la rente viagère sera servie aura lieu postérieurement et alors, si le service de la rente commence immédiatement, le contrat sera synallagmatique (3). Mais ce ne sera pas un véritable contrat de rente viagère ; toutefois, comme nous le montrerons, il sera soumis aux règles de la rente viagère, parce que telle est vraisemblablement l'intention des parties.

193. Lorsque la rente viagère est constituée moyennant une chose autre qu'une somme d'argent (exemple : je vous donne tel immeuble à la charge par vous de me servir une rente viagère de 1.000 francs, la rente viagère n'est alors qu'une forme particulière du prix), l'opération est une vente, donc un contrat synallagmatique (4). D'où il suit notamment : 1° que le contrat est, comme nous l'avons dit, parfait par le seul consentement des parties, indépendamment de toute tradition (5) ; 2° que, si les parties dressent un acte sous seing privé pour constater la convention, il devra être rédigé en double original conformément à l'article 1325 (6) ; 3° que le

(1) Pont, I, n. 677 ; Guillouard, n. 136, 137 et 180.
(2) V. *infra*, n. 200.
(3) Pont, I, n. 677 ; Guillouard, n. 137.
(4) Guillouard, n. 135 et 180.
(5) V. *supra*, n. 190.
(6) V. *infra*, n. 200.

paiement des arrérages de la rente sera garanti par un privilège portant sur la chose moyennant laquelle la rente a été constituée (arg. art. 2102-4° et 2103-1°) ; 4° que le crédi-rentier sera tenu de la garantie envers le débi-rentier (1).

On a soutenu que si le prix de la vente consiste dans une chose autre qu'une somme d'argent, la constitution de rente est une *datio in solutum* (2) ; conception évidemment erronée, puisque la dation en payement est, par essence, l'exécution par équivalent d'une obligation antérieure (3).

194. Lorsque la rente viagère est promise en récompense de services antérieurement rendus, la constitution de rente (dans les hypothèses où l'acte est à titre onéreux) (4) est un contrat synallagmatique ; car une seule des parties s'oblige ; aussi est-elle soumise à la formalité des doubles (5).

195. Lorsque la rente viagère constituée au profit de plusieurs personnes doit rester invariable jusqu'au dernier décès, le contrat contient une tontine (6).

196. Ce n'est pas une donation, puisque chacun des rentiers, en échange des chances qui lui sont accordées de jouir pendant toute sa vie d'une rente formée en partie à l'aide du capital fourni par les autres crédi-rentiers, consacre une portion de son capital à assurer une chance identique à ces derniers (7).

Ce sont surtout les époux qui constituent à leur profit des rentes viagères reversibles.

197. Nous avons vu que, suivant les cas, la constitution de rente est un acte à titre gratuit ou à titre onéreux (8).

198. Lorsque la rente viagère est constituée à titre oné-

(1) Sur ces divers points, V. *infra*, n. 254 s.
(2) Foerster, *loc. cit.*
(3) Gruchot, *Beitraege*, XII, p. 468 ; Meves, *loc. cit.*
(4) V. *supra*, n. 184.
(5) V. *infra*, n. 200.
(6) Meves, *loc. cit.*
(7) Cass., 26 janv. 1870, S., 70. 1. 84, D., 70. 1. 160. — Poitiers, 1er fév. 1881, S., 82. 2. 27, D., 81. 2. 179. — Trib. civ. Angers, 6 avril 1867, S., 68. 2. 321. — Guillouard, n. 131. — *Contra* Trib. civ. Boulogne, 30 août 1867, S., 68. 2. 322. — Labbé, *Note*, S., 65. 2. 4.
(8) V. *supra*, n. 178 s.

reux, elle constitue un contrat aléatoire, non pas seulement pour le débi-rentier, qui ne peut savoir à l'avance le nombre d'années pendant lequel il servira les arrérages, mais encore pour le crédi-rentier, qui est dans la même ignorance. Nous savons, du reste, qu'un contrat aléatoire est nécessairement aléatoire pour les deux parties (1).

Au contraire la rente viagère constituée à titre gratuit n'a pas le caractère aléatoire, ce caractère ne pouvant appartenir qu'aux contrats à titre onéreux (2).

199. La rente viagère est meuble ; cette solution résulte de l'article 529 du Code civil.

SECTION V

CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITÉ

§ I. *Forme.*

200. Si la rente viagère est constituée comme prix d'une vente, le contrat doit être rédigé en double (C. civ. art. 1325)(3), car, ainsi que nous l'avons montré, il est synallagmatique.

Il en est autrement si elle est constituée en échange d'une somme d'argent (4), la loi considérant alors le contrat comme unilatéral.

Le contrat de rente viagère est une donation quand il est fait à titre gratuit ; il doit donc, en ce cas, être rédigé par acte authentique (5).

La rente viagère constituée en récompense de services rendus peut être constituée sous seing privé (6), car elle est constituée à titre onéreux.

(1) V. *supra*, n. 1.

(2) Guillouard, n. 134. — *Contra* Pont, I, n. 677.

(3) Pont, I, n. 675; Laurent, XXVII, n. 265 ; Guillouard, n. 135. — V. *supra*, n. 193.

(4) Angers, 18 fév. 1837, D. *Rép.*, v° *Rente viagère*, n. 17. — Guillouard, n. 136. — V. *supra*, n. 190 s.

(5) Paris, 8 nov. 1892, D., 94. 2. 191. — V. *supra*, n. 178.

(6) V. *supra*, n. 184.

Il en est ainsi même si les arrérages sont hors de proportion avec le service rendu [1], car alors il y a donation déguisée [2].

La rédaction en double est nécessaire quand la rente viagère est constituée en récompense de services rendus [3].

La constitution de rente viagère à titre gratuit, déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, n'est pas soumise aux formes de la donation [4].

La rente viagère constituée à titre gratuit au profit d'un tiers, que celui qui verse les fonds entend gratifier, n'est pas davantage soumise aux formes de donation ; c'est ce que porte l'article 1973 [5].

Dans le cas même où la rente viagère est le prix unique du contrat et doit être servie à un tiers (par exemple si une vente est faite moyennant une rente viagère qui sera servie à un tiers, lequel en est gratifié), les formes de la donation sont encore inutiles à remplir [6], car d'abord l'article 1973 ne fait aucune distinction ; ensuite, on peut bien dire qu'ici encore la rente viagère est la condition d'un autre contrat, la vente ; enfin les travaux préparatoires sont formels en ce sens [7]. Le stipulant (le donateur) n'est, objecte-t-on, qu'un intermédiaire entre le promettant et le tiers (le crédi-rentier). Il est quelque chose de plus, il est contractant en son nom personnel.

201. Lorsque la rente viagère est constituée pour prix d'un objet déterminé, il n'est aucunement nécessaire que la valeur de cet objet soit indiquée dans le contrat.

Certaines législations étrangères décident le contraire [8].

(1) Paris, 8 nov. 1892, D., 94. 2. 191.
(2) V. *supra*, n. 179.
(3) Paris, 8 nov. 1892, D., 94. 2. 191. — V. *supra*, n. 194.
(4) V. *supra*, n. 179.
(5) V. *infra*, n. 203.
(6) Duranton, XVIII, n. 141 ; Pont, I, n. 694 ; Guillouard, n. 128. — *Contra* Laurent, XXVII, n. 266.
(7) Rapport de Siméon au Tribunat, Fenet, XIV, p. 552.
(8) C. gén. prussien, XI, § 608. Cela a été édicté pour éviter des difficultés d'appréciation en cas de révocation. Borneman, *Syst. des preussischen Civilrechts*, III, p. 247 ; Meves, *loc. cit.*

Les personnes sur la tête desquelles la rente viagère est constituée doivent être désignées dans le contrat [1].

202. Si la rente viagère est constituée sous la forme d'achat d'un titre nominatif au nom du crédi-rentier pour l'usufruit et du débi-rentier pour la nue propriété, le crédi-rentier a le droit d'exiger que les titres lui soient remis [2]; les principes de l'usufruit conduisent à cette solution : l'usufruitier a la détention et la gestion des biens soumis à son usufruit.

§ II. *Au profit de qui peut être constituée la rente viagère.*

203. La rente viagère est généralement constituée au profit de celui qui verse les fonds, mais elle peut l'être aussi au profit d'un tiers.

L'article 1973 dit à cet égard : « *Elle* [la rente viagère] « *peut être constituée au profit d'un tiers, quoique le prix en* « *soit fourni par une autre personne. Dans ce dernier cas,* « *quoiqu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est* « *point assujettie aux formes requises pour les donations ;* « *sauf les cas de réduction et de nullité énoncés dans l'arti-* « *cle* 1970. »

L'article 1973 doit être rattaché à l'article 1121, d'après lequel on peut stipuler pour autrui, quand cette stipulation est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ; cette dernière stipulation est la principale et c'est pour cette raison que les formes des donations ne sont pas obligatoires [3].

De même la donation faite au tiers peut être révoquée jusqu'à l'acceptation par ce dernier [4].

Cette acceptation peut avoir lieu dans une forme quelconque ; elle n'est pas soumise aux formes prescrites par l'article 932 pour l'acceptation des donations [5].

(1) V. *infra*, n. 209.
(2) Paris, 25 nov. 1834. S., 86. 2. 43.
(3) Cass , 5 nov. 1856, S., 57. 1. 15, D., 57. 1. 112. — Guillouard, n. 127.
(4) Guillouard, n. 127.
(5) Duranton, XVIII, n. 140 ; Pont, I, n. 696 ; Aubry et Rau, IV, p. 583, § 388, note 5 ; Guillouard, n. 127.

Si le donataire est incapable de recevoir, cela n'empêche pas la stipulation principale d'être valable et c'est le stipulant principal qui profitera de la rente viagère [1].

Mais la rente viagère sera due jusqu'au décès du donataire et non jusqu'au décès du stipulant, car telle est l'intention des parties.

Si la rente est constituée au profit de plusieurs personnes, il faut que toutes ces personnes soient conçues au moment du contrat [2], car elles sont appelées à recevoir une libéralité et les donations ne peuvent être faites qu'au profit de personnes conçues au moment de la donation.

204. Aux termes de l'article 588, l'usufruitier d'une rente viagère a droit, pour la totalité, aux arrérages de cette rente.

§ III. *Sur la tête de qui peut être constituée la rente viagère.*

I. *Rente viagère constituée sur la tête d'un tiers ou de l'une des parties.*

205. « *La rente viagère peut être constituée, soit sur la tête* « *de celui qui en fournit le prix, soit sur la tête d'un tiers,* « *qui n'a aucun droit d'en jouir* » (art. 1971).

C'est probablement pour ne pas porter une atteinte inutile au grand principe de la liberté des conventions que la loi permet de constituer la rente viagère sur la tête d'un tiers qui n'a aucun droit d'en jouir et dont la vie est prise uniquement pour régler la durée de la rente. On n'use guère de cette faculté dans la pratique : presque toujours la rente est constituée sur la tête du crédi-rentier, qu'il en fournisse ou non le prix. Et en effet, la rente viagère est ordinairement destinée à assurer la subsistance du crédi-rentier pendant

[1] Pont, I, n. 697 ; Aubry et Rau, IV, p. 583, § 388, note 5; Guillouard, n. 127.

[2] Guillouard, n. 145. — C'est ce que n'admet pas M. Planiol, *Rev. crit.*, XV, 1886, p. 619, d'après lequel la rente peut être constituée sur la tête du donataire et de ses enfants à naître, par la raison que l'art. 1972 autorise les rentes constituées sur plusieurs têtes.

toute sa vie : or, le seul moyen d'atteindre ce but est de constituer la rente sur sa tête ; c'est ce que disent avec raison les travaux préparatoires (1). On ne l'atteindrait pas sûrement en la constituant sur la tête d'un tiers, fût-il plus jeune ; car l'ordre naturel des décès est fréquemment interverti.

Toutefois, on peut supposer qu'une personne, ayant des avantages à attendre de la mort d'un tiers, se fasse constituer une rente viagère sur la tête de ce tiers (2). On a également supposé soit que le crédi-rentier place ses fonds sur la tête d'un souverain ou d'un personnage illustre pour s'éviter l'obligation de produire des certificats de vie (3)— ce qui est peu pratique — soit qu'il les place sur la tête d'une personne plus jeune que lui, et destinée à vivre plus longtemps que lui, ce dont on ne voit guère non plus l'utilité.

205 *bis*. La constitution d'une rente sur la tête d'un tiers est valable indépendamment de l'acceptation de ce dernier, puisqu'il ne reçoit rien, et, pour la même raison, indépendamment de sa capacité (4). C'est ce que disait déjà Pothier (5).

206. La rente peut être constituée sur la tête de celui qui la fournit, c'est-à-dire du débi-rentier (6), comme le dit Pothier (7), et quoique l'article 1971 ne mentionne pas cette hypothèse.

Dans ce cas, le suicide de ce débi-rentier permet au crédi-rentier de redemander son capital (8).

Il en est de même de la condamnation à mort du débi-rentier (9).

Mais le crédi-rentier doit alors restituer l'excédent des arrérages perçus sur les intérêts normaux du capital (10).

(1) Discours de Duveyrier au Corps législatif, Fenet, XIV, p. 562.
(2) Guillouard, n. 141.
(3) Pont, I, n. 687.
(4) Troplong, n. 239 ; Pont, I, n. 687 ; Laurent, XXVII, n. 270.
(5) N. 226.
(6) Duranton, XVIII, n. 130 ; Troplong, n. 241 ; Pont, I, n. 689 ; Aubry et Rau, IV, p. 583, § 388, note 7 ; Guillouard, n. 143.
(7) N. 226.
(8) Meves, *loc. cit.*
(9) Meves, *loc. cit.*
(10) Meves, *loc. cit.*

207. A défaut d'indication, la rente est censée être constituée sur la tête du crédi-rentier [1], car c'est le cas le plus usuel et c'est aussi l'hypothèse la plus naturelle.

II. *Rente constituée sur plusieurs têtes.*

208. « *Elle* [la rente viagère] *peut être constituée sur une « ou plusieurs têtes* » (art. 1972) et cela, comme le portent les travaux préparatoires [2], soit pour en attribuer successivement la jouissance aux personnes sur la tête desquelles la rente est constituée, soit pour en conserver la jouissance au débi-rentier et à ses héritiers jusqu'à la disparition de toutes les personnes sur la tête desquelles la rente est constituée. Lorsque la rente viagère est constituée sur la tête de plusieurs personnes, subsiste-t-elle tout entière tant qu'une seule de ces personnes est encore en vie, ou bien s'éteint-elle pour partie à chaque décès ? Ainsi une rente viagère, constituée sur la tête de deux époux, s'éteindra-t-elle pour moitié au décès du prémourant, ou bien au contraire le survivant conservera-t-il le droit d'en réclamer le paiement intégral tant qu'il vivra ? Tout dépend de la volonté des parties, que les juges, au cas de doute, devront interpréter d'après les termes de l'acte et les circonstances de la cause [3].

Lorsque la rente doit être payée en entier au survivant, on dit qu'elle est *réversible* sur sa tête.

209. Si la rente est constituée sur la tête de plusieurs personnes, il faut qu'elles soient désignées dans le contrat ; le crédi-rentier ne peut se réserver le droit de désigner la seconde après le décès de la première, et ainsi de suite [4] ; l'opinion contraire permettrait au crédi-rentier de régler à son gré la durée probable du contrat, en désignant des personnes qui, à raison de leur âge ou de leur état de santé, peuvent vivre plus ou moins longtemps ; l'obligation du

[1] Pont, I, n. 686 ; Guillouard, n. 140.

[2] Disc. de Duveyrier au Corps législatif, Fenet, XIV, p. 562 ; Guillouard, n. 144.

[3] V. *infra*, n. 211.

[4] Caen, 16 mars 1852, S., 52. 2. 669, D., 53. 2. 95. — Pont, I, n. 690 ; Laurent, XXVII, n. 273 ; Guillouard, n. 144.

débi-rentier, étant ainsi contractée sous une condition suspensive, est nulle.

210. Il n'est pas nécessaire que les personnes étrangères au contrat, sur la tête desquelles la rente est constituée, soient nées ni même conçues au moment du contrat [1] ; car ces personnes ne participent pas au contrat et leur désignation revient à la simple fixation d'un terme incertain.

Aussi, dans le cas où une rente est constituée sur la tête du crédi-rentier et en même temps d'autres personnes (ses enfants par exemple) non encore conçues, doit-on admettre de préférence que ces dernières ne sont pas désignées à titre de bénéficiaires, mais simplement pour marquer le terme extinctif de la rente [2].

Dans tous les cas, le juge du fait est souverain pour l'interprétation d'une clause de ce genre [3].

211. La rente constituée sur plusieurs têtes se divise-t-elle entre les rentiers, de manière que le décès de l'un d'eux réduise la rente ? C'est un point auquel nous avons fait allusion et que nous étudierons en parlant de l'extinction de la rente [4].

III. *Rente constituée sur la tête d'une personne morte ou malade.*

A. *Conditions et nature de la nullité.*

a. *Rente constituée sur la tête d'une personne décédée.*

212. Il est de l'essence du contrat de constitution de rente viagère, dit Pothier, qu'il y ait une personne sur la tête de laquelle la rente soit constituée. L'article 1974 ne fait que déduire, après Pothier [5], une conséquence de ce principe : « *Tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une per-* « *sonne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun*

(1) Guillouard, n. 145.

(2) Paris, 14 mars 1864, sous Cass., 29 mai 1865, S., 65. 1. 324, D., 65. 1. 363. — Cpr. Laurent, XXVII, n. 274. — *Contra* Guillouard, n. 145.

(3) Cass., 29 mai 1865, précité.

(4) V. *infrà*, n. 331.

(5) N. 224.

« *effet.* » Il n'y a pas de termes plus énergiques dans le vocabulaire de la loi en matière de nullité. Le contrat *ne produit aucun effet*, c'est-à-dire qu'il ne se forme pas, parce qu'il manque d'un élément essentiel à sa formation ; il est *inexistant*, comme on dit dans le langage de la doctrine. Du reste, la raison de sa nullité est qu'il est sans cause (1), comme le disait également Pothier (2) ; or, le défaut de cause produit une nullité absolue.

Il y a nullité même si les parties ont ignoré la mort du tiers (3) ; la raison de décider est la même ; le contrat est dépourvu de cause ; du reste, l'article 1974 ne distingue pas. On a essayé de concilier cette solution avec l'article 365 du Code de commerce, qui, au contraire, en matière d'assurances maritimes, décide que l'assurance faite après la perte ou l'arrivée des objets assurés n'est nulle que si les parties ont connu ces faits, en disant que l'assurance maritime garde son application aux risques qui ont précédé la perte ou l'arrivée des marchandises (4) ; c'est une erreur : le contrat est sans cause, car les parties ont envisagé les risques futurs (5).

213. Que si le débi-rentier a seul connu la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée, il va sans dire que le contrat est également nul, car il y a dol de la part du débi-rentier.

Si cet événement n'a été connu que du crédi-rentier, le contrat est également nul ; il ne s'explique de la part du crédi-rentier que par la volonté d'avantager le débi-rentier, et, comme ce dernier n'a pas connu cette volonté, il n'y a pas eu accord sur la nature du contrat.

Enfin si la mort est connue des deux parties, l'acte sera valable comme donation déguisée d'une rente viagère.

(1) Larombière, art. 1131, n. 10 ; Guillouard, n. 147 ; Troplong, n. 163 ; Pont, I, n. 703 ; Vigié, III, n. 1092 ; Thiéry, IV, n. 213 ; Massé et Vergé, V, p. 27, § 747, note 9 ; Wahl, *Note*, S., 1900. 2. 273 ; Lyon-Caen, *Note*, S. 1905.1. 5, et (a *fortiori*) les autorités citées *infra*, n. 215.

(2) *Loc. cit.*

(3) Pont, I, n. 705 ; Guillouard, n. 148.

(4) Pont, *loc. cit.*

(5) Guillouard, *loc. cit.*

b. *Rente constituée sur la tête d'une personne malade.*

214. La loi assimile le cas où la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée se meurt à celui où elle est morte. On lit en effet dans l'article 1975 : « *Il en est de* « *même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête* « *d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée* « *dans les vingt jours de la date du contrat.* »

Ce texte exige, on le voit, trois conditions pour que sa disposition soit applicable. Il faut : 1° que la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée (qu'elle en fût ou non le bénéficiaire) fût malade lors du contrat ; 2° qu'elle soit morte de la maladie dont elle était atteinte ; 3° qu'elle soit morte dans les vingt jours du contrat.

215. Avant d'entrer dans le détail de ces conditions, il convient d'observer qu'ici encore la nullité repose sur le défaut de cause, c'est-à-dire sur l'absence d'aléa (1). Certains auteurs (2), à la suite de Pothier (3), lui donnent comme fondement une erreur sur la substance de la chose. Mais Pothier, logiquement, permettait simplement au crédirentier de faire annuler le contrat en cas d'erreur ; or l'article 2075 le déclare nul.

La nullité est donc absolue aussi bien qu'en cas de mort de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée (4) ; cela résulte, au surplus, des mots par lesquels débute l'article 1975. « Il en est de même... »

216. 1° Il faut que la maladie existe au moment du contrat ; si elle s'est déclarée depuis, le contrat est valable, la

(1) Cass. civ., 14 nov. 1904, S., 1905. 1. 5 ; Douai, 23 nov. 1901, S., 1902. 2.297. — Trib. civ. Valence, 21 déc. 1903, S., 1904.2.23; Larombière, art. 1131, n. 10 ; Guillouard, n. 149 ; Colmet de Santerre, VII, n. 189 *bis* ; Huc, XI, n. 347 ; Vigié, III, n. 1092 ; Wahl, *Note*, S., 1900. 2. 273 ; Lyon-Caen, *Note*, S., 1905. 1. 5 ; Planiol, *Note*, D. 1905. 1. 89.

(2) Laurent, XXVII, n. 280 ; Demante, VIII, n. 189 ; Pothier, IV, n. 213.

(3) N. 225.

(4) Laurent, XXVII, n. 280 ; Vigié, *loc. cit.*, Thierry, *loc. cit.*; Huc, XI, n. 345; Pont, I, n. 710; Guillouard, n. 149 ; Wahl, *Note*, S., 1900. 2. 273; Planiol, *loc. cit.* — V. cep. Trib. civ. Seine, 9 mars 1903, *Droit*, 8 août 1903, d'après lequel les héritiers du crédi-rentier peuvent ratifier la vente faite moyennant une rente viagère dans les conditions de l'article 1975.

mort eût-elle lieu dans les 20 jours (1). Du reste, les motifs auxquels a obéi l'article 1975 ne s'appliquent pas à cette hypothèse.

217. Que faut-il entendre par le mot *maladie ?* A notre avis l'interprétation de ce mot doit être très large, car les motifs auxquels a obéi le législateur le commandent : on a voulu annuler le contrat d'où, par suite de la situation actuelle de la personne sur la tête de laquelle la rente était constituée, et de l'éventualité probable d'un décès, tout aléa était exclu.

En vain donc dirait-on que l'article 1975 déroge au droit commun ; au contraire, il pose une solution conforme au droit commun, et la fixation du délai de 20 jours, qui seule a un caractère arbitraire, s'inspire également d'un motif d'ordre général, à savoir l'inconvénient qu'il y a à laisser la question de délai soumise au caprice du juge.

218. Quelque avancé que soit l'âge de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée, la mort de cette personne dans les vingt jours n'annule pas le contrat (2) ; ce n'est pas parce que la vieillesse n'est pas une maladie, c'est parce que l'âge avancé d'une personne ne permet jamais, par lui-même, de prédire que cette personne mourra dans les vingt jours.

219. La grossesse d'une personne au moment du contrat, suivie de son décès dans les vingt jours, n'annule pas la constitution de rente (3). Ici encore ce n'est pas parce que la grossesse n'est pas une maladie, c'est parce qu'elle n'entraîne jamais par elle-même la mort, et qu'une complication ultérieure peut seule causer cette mort.

Aussi en est-il autrement si l'état qui a amené le décès et qui compliquerait la grossesse, existait déjà lors du contrat (4).

220. L'article 1975 s'applique non seulement aux maladies physiques, mais encore aux maladies mentales entraînant la

(1) Guillouard, n. 151.
(2) Angers, 19 avril 1820, S. chr. — Pont, I, n. 711 ; Guillouard, n. 151.
(3) Grenoble, 5 fructidor an XII, S. chr. — Troplong, n. 274 ; Pont, I, n. 711 ; Guillouard, n. 151.
(4) Troplong, n. 274 ; Guillouard, n. 151.

manie du suicide [1], car le texte est général, et, du reste, les motifs de décider sont les mêmes. On objecte que « le but de la loi serait manqué » s'il fallait se livrer à des investigations sur l'état moral de la personne qui s'est suicidée ; cette objection est purement divinatoire. On dit encore qu'il est impossible de savoir, lors du contrat, quand le monomane se tuera ; mais est-il donc toujours possible de déterminer à quel moment un malade sera mort ?

221. 2° Il faut que le décès soit bien la conséquence de la maladie [2]. Aussi l'article 1975 n'est pas applicable si le décès provient d'une opération, alors même que cette opération a été tentée uniquement pour procurer du soulagement au malade et non pour le sauver [3].

222. 3° La mort, aux termes de l'article 1975, doit se produire dans les vingt jours du contrat pour que le contrat soit nul ; si un intervalle plus long s'écoule entre le contrat et la mort, on ne peut être admis à prouver que le débi-rentier connaissait l'imminence de la mort du crédi-rentier [4].

Dans l'ancien droit, le délai n'était pas fixe, il dépendait de l'arbitraire du juge [5].

Il va sans dire que les vingt jours courent du contrat alors même que le versement du prix de la rente est fixé à une époque postérieure [6].

223. Le jour où le contrat a été passé ne doit pas être compté, d'après la règle *Dies a quo non computatur in termino.* — De sorte que, pour qu'un contrat passé le 1er du mois [7] soit nul, celui sur la tête duquel la rente est consti-

(1) *Contra* Orléans, 28 avril 1860, D., 60. 2. 98. — Caen, 22 nov. 1871, S., 72. 2. 39, D., 72. 5. 383. — Laurent, XXVII, n. 281 ; Guillouard, n. 152.

(2) Duranton, XVIII, n. 147 ; Demolombe, n. 273 ; Pont, I, n. 715 ; Aubry et Rau, IV, p. 586, § 388, note 15 ; Laurent, XXVII, n. 283 ; Guillouard, n. 153. — *Contra* Paris, 13 juill. 1808, S. chr.

(3) *Contra* Trib. civ. Seine, 22 avril 1904, *Droit*, 28 avril 1904.

(4) Riom, 19 juil. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 524. — Trib. civ. Seine, 9 mars 1903, *Droit*, 8 août 1903.

(5) Pothier, n. 225.

(6) Trib. civ. Le Mans, 21 janv. 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 1. 313.

(7) Rouen, 13 déc. 1821, S. chr. — Troplong, n. 276 ; Pont, I, n. 744 ; Aubry et Rau, IV, p. 586, § 388, note 16 ; Laurent, XXVII, n. 282 ; Guillouard, n. 162.

tuée doit être décédé le 21 du même mois au plus tard.

224. Ce délai prend son point de départ au jour du contrat, et non pas au jour où le contrat a date certaine ; en d'autres termes la date indiquée sur l'acte est opposable à la personne qui prétend qu'elle est erronée.

Cela est certain si cette dernière prétention est élevée par l'une des parties, car on ne fait alors autre chose que lui opposer son aveu (C. civ., art. 1322).

Mais cela est également certain si la date est déniée par les héritiers de l'une des parties [1] ; car toutes les énonciations des actes, même sous seing privé, sont opposables aux héritiers des parties (même art.). On a objecté que les héritiers sont des tiers au sens de l'article 1328 ; cela est contraire à la solution universellement admise dans l'interprétation de ce dernier texte.

Il n'y a pas lieu non plus de décider que, dans les cas où le contrat est réel, le délai court seulement du jour où les fonds sont versés, c'est-à-dire où se forme le contrat de *rente viagère* ; le délai court, en toute hypothèse, du jour où est passée la convention contenant engagement de servir la rente [2]. La loi se prête à cette interprétation, seule conforme au motif dont elle s'est inspirée.

225. Ce serait au demandeur en nullité de faire la preuve de ces différents faits, conformément à la règle *Actoris est probare* [3].

[1] Cass., 21 mars 1842, S., 42. 1. 300. — Duranton, XVIII, n. 151 ; Troplong, n. 277 ; Aubry et Rau, IV, p. 586, § 388, note 17 ; Guillouard, n. 163. — *Contra* Delvincourt, III, p. 425. — Il va sans dire que les héritiers sont admis à prouver la fausseté de la date indiquée sur le titre. — Cass., 21 mars 1842, précité. — Trib. civ. Lyon, 21 avril 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 2, *Suppl.*, 54. — V. *infra*, n. 226.

[2] *Contra*, Paris, 11 avr. 1899, D., 1902. 2. 373. — Trib. civ. Lyon, 30 déc. 1881, D., 1902. 2. 373 (en note).

[3] Cass. req., 10 déc. 1902, S., 1903. 1. 263, D., 1903. 1. 39 (preuve que le crédi-rentier était atteint de la maladie dont il est mort). — Paris, 11 avr. 1899, précité (*id.*). — Paris, 20 déc. 1905, *Droit*, 11 mars 1906 (*id.*). — Trib. civ. Seine, 22 avril 1904, *Droit*, 28 avril 1904 (*id.*). — Pont, I, n. 715 ; Aubry et Rau, IV, p. 586, § 388, note 15 ; Laurent, XXVII, n. 383 ; Huc, XI, n. 349 ; Guillouard, n. 153. — Cpr. cep. Trib. civ. Lyon, 2 mars 1895, *Journ. des assur.*, 95. 269. — Décidé que pour établir que le défunt était atteint de la maladie dont il est mort, les héritiers ne peuvent produire un certificat du médecin qui l'a soigné ;

226. Il est incontestable que la fausseté de la date peut être prouvée, car la partie qui invoque la fausseté de la date prétend qu'il y a fraude à la loi et que la date fausse a eu pour effet de valider un contrat nul en vertu d'une disposition impérative. Pour cette même raison, la fausseté de la date peut être prouvée par tous les moyens, même par témoins et par présomptions.

Il en est ainsi soit pour les héritiers des parties [1], soit même pour les parties [2].

Que si l'acte est authentique, la fausseté de la date peut être également démontrée et toujours par tous les moyens. Mais la procédure à employer sera celle de l'inscription de faux [3].

227. Les *tiers* ne peuvent se voir opposer que la date *rendue certaine* de l'acte sous-seing privé au moyen de l'un des procédés indiqués par l'article 1328 [4], car l'article 1328 décide que la date d'un acte sous-seing privé pour être opposable aux tiers, doit avoir été rendue certaine.

Parmi les tiers, doivent être comptés les créanciers de l'une des parties [5].

228. L'article 1975 étant conçu dans les termes les plus généraux, on doit en conclure qu'il ne cesserait pas de s'appliquer si les parties avaient connu en contractant l'état de la maladie de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée et même la gravité de la maladie [6], à moins cependant qu'il ne résulte des termes de l'acte ou des circonstances que le contrat, dans la pensée des parties, dissimu-

ce certificat constituant la violation du secret professionnel, qui est d'ordre public. Besançon, 7 juin 1899, S., 1901. 2. 108.

(1) V. *supra*, p. 117, note 1.

(2) Cass., 19 janv. 1814, S. chr. — Troplong, n. 277; Aubry et Rau. IV, p. 586, § 389, note 18 ; Laurent, XXVII, n. 288 ; Guillouard, n. 164.

(3) Guillouard, n. 164.

(4) Guillouard, n. 165.

(5) Bordeaux, 3 juin 1870, S., 70. 2. 315 (motifs).

(6) Toullier, VI, n. 47 ; Massé et Vergé, IV, p. 583, § 388, note 9; Troplong, n. 268 ; Aubry et Rau, IV, p. 533, § 388, note 9 ; Guillouard, n. 154 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 189 *bis*, V; Wahl, *Note*, S., 1900. 2. 273; Planiol, *Note*, D., 1905. 1. 90. — *Contra* Pont, I, n. 719.

lait une donation (1). En d'autres termes, il n'y a pas présomption que les parties ont voulu faire une donation déguisée. L'opinion contraire efface complètement l'article 1975, d'après lequel la constitution de rente viagère, en pareille hypothèse, est nulle. En vain objecte-t-on que la volonté de faire une libéralité explique seule le contrat, car les parties, tout en connaissant la maladie et sa gravité, ont pu s'illusionner sur son résultat.

229. Mais si les parties manifestent formellement leur intention de traiter malgré la prohibition de l'article 1975, l'acte contient bien une donation déguisée ; car aucune autre interprétation n'est rationnellement possible. L'acte est donc valable (2).

Il en est autrement si elles se sont contentées d'antidater l'acte (3).

230. D'autre part, l'article 1975 s'applique lorsque la rente est constituée sur la tête du crédi-rentier ; ses héritiers peuvent donc invoquer la nullité (4).

Il s'applique également lorsque la rente est constituée sur plusieurs têtes (5).

B. *Contrats auxquels s'applique la nullité.*

231. Les articles 1974 et 1975 sont, à raison de leurs termes généraux, applicables aussi bien lorsque la rente a été constituée sur la tête du crédi-rentier, comme il est d'usage, que lorsqu'elle l'a été sur la tête d'un tiers (6). Les motifs de décider existent d'ailleurs dans les deux cas. Les héritiers du crédi-rentier décédé dans les vingt jours peuvent donc invoquer la disposition de l'article 1975.

Aux héritiers de l'une des parties il faut assimiler le cura-

(1) Guillouard, n. 154.

(2) *Contra*, Angers, 29 janv. 1897, S., 1900. 2.273, D., 1901.2. 369. — Guillouard, n. 154.

(3) Cass., 15 juil. 1824, S.chr. — Troplong, n. 269 ; Aubry et Rau, IV, p. 584, § 388, note 10 ; Guillouard, n. 154. — *Contra* Pont, I. n. 719. — Cpr. Laurent, XVII, n. 285.

(4) V. *infra*, n. 231.

(5) V. *infra*, n. 232.

(6) Cass., 19 janv. 1814, S. chr. — Duranton, XVIII, n. 149 ; Troplong, n. 266 ; Pont, I, n. 720 ; Aubry et Rau, IV, p. 584, § 388, note 11 ; Guillouard, n. 155.

teur à sa succession vacante (¹), car il représente soit le défunt, soit plus exactement les héritiers ; il ne représente aucunement les créanciers.

232. Nous croyons également, mais ceci est plus délicat, que les articles 1974 et 1975 devraient recevoir leur application au cas où, la rente ayant été constituée sur la tête de plusieurs personnes, l'une de ces personnes se trouverait morte au moment de la constitution, ou mourrait, dans les vingt jours, d'une maladie dont elle était alors atteinte (²). Sans doute, il reste encore une ou plusieurs personnes dont la vie peut servir de mesure à la durée de la rente. Mais, si l'on maintient le contrat, on le dénature ; car les parties n'auraient certainement pas traité si elles eussent connu la vérité, ou bien elles auraient traité dans des conditions toutes différentes ; d'autre part, le motif sur lequel sont fondés les articles 1974 et 1975 s'applique, car si l'aléa n'est pas entièrement écarté, il est grandement diminué et, sinon l'article 1974, du moins l'article 1975 concerne un cas où l'aléa est simplement diminué. En un mot, il nous paraît être de l'essence du contrat que toutes les personnes sur la tête desquelles la rente est constituée, soient vivantes au moment du con-

(¹) Chambéry, 4 mars 1864, S., 64. 2. 207, D., 66. 5. 450. — Bordeaux, 3 juin 1870, S., 70. 2. 315. — Guillouard, n. 165. — *Contra* Paris, 25 août 1864, S., 64. 2. 207.

(²) Paris, 23 mars 1865, S., 65. 2. 321, D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Rente viag.*, n. 114. — Bordeaux, 16 août 1872, S., 73. 2. 15, D., *Rép.*, *Suppl.*, v° *Rente viag.*, n. 44. — Douai, 23 nov. 1901, S., 1901. 2. 297 (cassé par Cass., 14 nov. 1904, cité *infra*). — Bordeaux, 2 janv. 1874, D., 75. 2. 180. — Labbé *Note*, S., 65. 2. 321 ; Bidard, *Rev. prat.*, 1868, p. 333 s.; Laurent, XXVII, n. 277 et 287 ; Guillouard, n. 159 ; Thiry, IV, n. 214; Huc, XI, n. 346 et 347 ; Demogue, *Rev. trim. dr. civ.*, 1903, p. 174. — *Contra* Cass. civ., 22 fév. 1820, S., chr., D. *Rép.*, v° *Rente viag.*, n. 54. — Grenoble, 21 juin 1822, S. chr., D. *Rép.*, *loc. cit.* — Bordeaux, 10 fév. 1857, S., 57. 2. 544, D., 58. 2. 7. — Lyon, 1er juil. 1858, S., 59. 2. 163, D., 59. 2. 27. — Paris, 23 mai 1865, S., 65. 2. 321, D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Rente viag.*, n. 44. — Douai, 30 nov. 1866, S., 65. 2. 231. — Trib. civ. Lyon, 1er juil. 1885, *Pand. franç.*, 86. 2. 19. — Duranton, XVIII, n. 150 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Rente viag.*, n. 40 ; Taulier, VI, p. 506 ; Massé et Vergé, V, p. 27, § 747, note 10 ; Troplong, n. 275; Aubry et Rau, IV, p. 584 et 585, § 384, note 12; Colmet de Santerre, VIII, n. 189 *bis*, VI ; Pont, I, n. 721. Lyon-Caen, *Note*, S., 1905. 1. 5. — *Contra*, Cass. civ., 14 nov. 1904, S., 1905. 1. 5, D., 1905. 1. 89. — Trib. civ. Valence, 21 déc. 1905, S., 1905. 2. 23. — Planiol, II, n. 2121 et *Note*, D., 1905. 1. 90.

trat, et non atteintes d'une maladie qui doit les conduire au tombeau dans un délai de vingt jours.

Tout en adoptant notre solution, certains auteurs[1] (à tort, ainsi que nous venons de le montrer) écartent les articles 1974 et 1975 comme étant inapplicables à l'espèce, et se fondent sur l'article 1110, d'après lequel l'erreur sur la substance annule la convention.

Nous allons montrer que cette manière de voir conduit à des solutions très différentes des nôtres ; elle est inexacte, car il n'y a pas ici d'erreur sur la substance de l'obligation, les obligations des parties étant, d'une part le capital aliéné, d'autre part la rente viagère. Si donc on écarte les articles 1974 et 1975, il faudra dire que la mort ou la maladie de l'une des parties sur laquelle la rente est constituée n'empêche pas la validité du contrat.

Quant aux partisans de cette dernière opinion, ils se fondent sur ce que les articles 1974 et 1975 n'ont pas prévu l'hypothèse. On rappelle en outre que si la personne unique sur la tête de laquelle la rente est constituée survit plus de vingt jours, le contrat est valable ; il doit également l'être, conclut-on, si la rente ayant été constituée sur la tête de plusieurs personnes, l'une d'elles est morte ou meurt dans les vingt jours. Nous répondons que les deux hypothèses n'ont rien d'analogue : dans la première, l'aléa visé par les parties existe complètement ; dans la seconde il n'existe qu'en partie.

233. Comme dans le cas textuellement prévu par les articles 1974 et 1975, et sous les mêmes restrictions, le contrat est nul même si les parties ont connu la maladie ou la mort ; dans l'opinion qui fonde sur l'article 1110 la solution que nous avons admise, celui qui a connu cet événement ne peut s'en prévaloir, puisqu'il n'est pas dans l'erreur [2].

234. D'autre part, nous admettons que, comme dans les cas réglés par les articles 1974 et 1975, tout intéressé peut demander la nullité. Au contraire les auteurs qui se fondent

[1] Guillouard, *loc. cit.*

[2] C'est ce que remarquent Aubry et Rau, *loc. cit.*

sur l'article 1110 décideront que la nullité est relative et que la partie qui a commis une erreur peut seule se prévaloir de cette nullité [1].

Enfin l'action en nullité est, selon nous, prescriptible par trente ans, et, dans l'opinion que nous rappelons, elle ne doit être déclarée prescriptible que par dix ans.

234 *bis*. Il faut, en tout cas, rejeter un système [2] d'après lequel le décès de l'une des personnes annulerait le contrat, mais non pas sa maladie. On fonde ce système sur l'idée que l'article 1974, qui a trait à la mort de celui sur la tête duquel la rente est constituée, est une application du droit commun et l'article 1975 une dérogation au droit commun, insusceptible d'étendue au delà de ses termes.

Ce raisonnement pèche par la base, car l'article 1975, nous l'avons montré, est, comme l'article 1974, une application du droit commun. D'ailleurs il ne s'agit pas d'étendre l'article 1975 au delà de ses termes, mais bien de l'appliquer selon ses termes. Enfin, la loi manifestant la volonté de mettre les deux hypothèses de mort et de maladie sur la même ligne, toute distinction est contraire à l'esprit du législateur.

235. Notre solution doit être admise non seulement si la rente est réversible en totalité, mais encore si elle n'est réversible qu'en partie sur la tête de la personne décédée lors du contrat ou dans les vingt jours qui le suivent [3] ; les raisons de décider sont encore les mêmes.

Ici encore les auteurs qui se fondent sur l'article 1110 maintiennent leur raison de décider et ses conséquences [4].

Quelques partisans de l'opinion d'après laquelle l'arti-

[1] Guillouard, n. 159.

[2] Pont, I, n. 721.

[3] Cass. req., 6 fév. 1866, S., 66. 1. 192, D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Rente viag.*, n. 44. — Paris, 23 mars 1865, S., 65. 2. 321. D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Rente viag.*, n. 44. — Bordeaux, 16 août 1872, S., 73. 2. 15. — Douai, 23 nov. 1901, S., 1902. 2. 297. — Guillouard, n. 160 ; Huc, XI, n. 347 ; Lyon-Caen, *Note*, S., 1905. 1. 5. — *Contra* Bordeaux, 10 fév. 1857, précité. — Lyon, 1er juil. 1858, précité. — Paris, 23 mai 1865, S., 65. 2. 321, D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Rente viag.*, n. 44. — Douai, 30 nov. 1866, S., 67. 2. 232. — Planiol, *loc. cit.*

[4] Guillouard, *loc. cit.*

cle 1975 n'est pas applicable à la rente constituée sur plusieurs têtes sont, dans cette hypothèse où la rente n'est réversible que pour partie sur le survivant, d'accord avec nous et admettent que l'article 1975 s'y applique (1). Ils reconnaissent que, pour la portion éteinte, le contrat n'a pas de cause et qu'à raison de l'indivisibilité du contrat la constitution est nulle pour le tout.

236. Les articles 1974 et 1975 sont-ils applicables non seulement au cas où la rente viagère doit cesser lors du décès de la personne morte ou malade lors du contrat, mais encore lorsqu'elle doit prendre naissance lors du décès? Les rôles sont ici renversés : celui auquel le décès ou la maladie porte préjudice n'est plus, comme dans les cas prévus par les articles 1974 et 1975, le crédi-rentier, privé de la rente alors qu'il a aliéné le capital, mais le débi-rentier, obligé de servir immédiatement une rente qu'il supposait n'avoir à servir que plus tard.

Les textes précités nous paraissent applicables à cette hypothèse ; l'aléa est augmenté et, par suite, il y a erreur sur la cause. L'esprit de la loi conduit à la même solution.

236 *bis*. L'article 1975 concerne aussi bien la vente moyennant une rente viagère que la rente constituée moyennant une somme d'argent (2).

Et comme le contrat est indivisible dans la pensée des parties, il faut annuler tout entière la vente faite, dans les conditions de l'article 1975, moyennant une somme d'argent et une rente (3).

237. Les articles 1974 et 1975, et toutes les solutions que nous avons tirées de ces dispositions, ne s'appliquent qu'aux constitutions de rentes à titre onéreux ; les constitutions de rentes à titre gratuit ne sont pas nulles par cela seul que la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée est morte lors du contrat ou meurt dans les vingt jours (4). Si,

(1) Massé et Vergé, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, IV, p. 585, § 588, note 13 ; Planiol, *loc. cit.*

(2) Grenoble, 29 nov. 1904, D., 1905. 2. 397.

(3) Grenoble, 29 nov. 1904, précité.

(4) Cass., 18 juil. 1836, S., 36. 1. 535. — Cass., 10 juil. 1855, S., 56. 1, 262, D., 56. 1. 175. — Bordeaux, 8 juil. 1845, *Rec. Bordeaux*, XX, p. 407, *J. des*

en effet, l'aléa disparaît, tout ce qui en résulte c'est qu'il n'y a pas de libéralité, et, comme le donateur ne doit pas de garantie au donataire, celui-ci ne peut se plaindre.

Il en est autrement, bien entendu, si la prétendue donation déguise un contrat à titre onéreux (1), ou s'il s'agit d'un contrat à titre onéreux fait dans un esprit de faveur et à des conditions avantageuses pour le crédi-rentier (2).

238. De même l'article **1975** n'est pas applicable à la donation faite moyennant une rente viagère (3).

239. Les articles **1974** et **1975** ne parlent que d'une rente *créée*. Faut-il en conclure que si un débi-rentier met à la charge d'un tiers, à titre onéreux, le payement d'une rente dont il est débiteur, les articles **1974** et **1975** cessent de s'appliquer ? La question se pose aussi bien dans l'hypothèse où la rente était primitivement constituée à titre gratuit que dans le cas contraire, car c'est de la nullité du nouveau contrat, c'est-à-dire d'un contrat à titre onéreux, qu'il s'agit.

Pour l'article **1974**, qui repose sur les principes, l'affirmative ne fait pas de doute (4).

Pour l'article **1975**, elle a été également admise (5), mais elle paraît très douteuse (6). On peut sans doute se baser sur ce que l'article **1975** doit être interprété dans le même sens que l'article **1974** ; on peut ajouter que le motif de décider est le même pour les rentes transmises que pour les rentes créées sur la tête d'un moribond ; ce motif est l'absence de caractère aléatoire. Il n'en reste pas moins que l'ar-

not., n. 12522. — Cass.. req.. 17 fév. 1904, S., 1904. 1. 335, D., 1904. 1.526.— Nancy, 18 juin 1890, *Rec. Nancy*, 1890-91. 302.— Troplong, n. 267 ; Pont, I. n. 717 ; Aubry et Rau, IV, p. 585, § 384, note 14 ; Laurent, XXVII, n. 284 ; Guillouard, n. 161 ; Thiry, IV, n, 214 ; Wahl, *Note*, S., 1900. 2. 273.

(1) Cass., 10 juil. 1855, S., 56. 1. 262, D., 56. 1. 175. — Cass. req., 14 fév. 1904, précité. — Guillouard, n. 161.

(2) Nancy, 18 juin 1890, précité.

(3) Cass. req., 17 fév. 1904, S., 1904. 1. 335, D. 1904. 1. 526. — Bordeaux, 8 juill. 1845, *Rec. Bordeaux*, XX, 407, *Journ. des not.*, n. 12522.

(4) Wahl, *Note*, S., 1900. 2. 273.

(5) Angers, 29 juin 1897, S., 1900. 2. 273, D., 1901. 2. 369. — Cet arrêt ne discute pas la question et n'affirme même pas la solution, qu'il se contente d'admettre implicitement.

(6) Wahl, *loc. cit.*

ticle 1975, à la différence de l'article 1974, est contraire au droit commun.

240. Nous verrons si l'article 1975 est applicable à la constitution d'une pension en nature (1).

§ IV. *En quels objets ou moyennant quels objets la rente peut être constituée.*

241. L'article 1968 nous a déjà appris que la rente viagère peut être constituée moyennant l'aliénation d'une somme d'argent, d'un meuble ou d'un immeuble (2). Nous savons aussi qu'elle peut être constituée sans aucune aliénation, c'est-à-dire à titre gratuit (3).

242. D'autre part, la rente peut être stipulée payable en nature aussi bien qu'en argent (4). Dans le premier cas, elle peut être, suivant les circonstances, un bail à nourriture. Nous parlerons plus loin de ce dernier contrat (5).

Si le contrat est annulé, le débi-rentier doit restituer les sommes qui lui ont été versées. S'il a reçu un immeuble, il doit restituer les loyers qu'il a touchés (6).

Le crédi-rentier doit restituer les arrérages qu'il a perçus (7).

§ V. *Capacité, consentement, objet et cause.*

243. Si la rente viagère est constituée à titre gratuit, le crédi-rentier doit avoir la capacité de recevoir à titre gratuit, le débi-rentier celle de faire une libéralité.

(1) V. *infra*, n. 357.
(2) V. *supra*, n. 190 s.
(3) V. *supra*, n. 189.
(4) Guillouard, n. 121. — En Prusse, la définition du Code gén. (I, 11, § 606) a fait naître la discussion; la solution donnée au texte est généralement repoussée. — Trib. supr. Berlin, 6 mai 1853, Striethorst, *Archiv*, IX, p. 192. — Fœrster, *Preussisches Privatrecht*, § 129. — *Contra* Trib. supr. Berlin, 8 déc. 1854, *Entsch.*, XXX, p. 43. — En Saxe (C. civ., § 1150), le prix doit consister en choses fongibles.
(5) V. *infra*, n. 352 s.
(6) Grenoble, 29 nov. 1904, D., 1905. 2. 397.
(7) Grenoble, 29 nov. 1904 précité.

Si la rente viagère est constituée à titre onéreux, la capacité requise dépend de la nature du contrat ; il faudra donc se référer aux principes du prêt ou de la vente, la constitution de la rente étant un prêt ou une vente suivant les cas (1).

244. Lorsque la rente viagère est constituée au profit d'un tiers, dans l'intérêt duquel les fonds sont versés par celui qui stipule la rente, ce tiers doit être également capable de recevoir une libéralité, mais l'incapacité du tiers n'annule pas le contrat (2).

Dans le même contrat, la capacité du débi-rentier qui contracte à titre onéreux doit être la même qu'en matière de constitution de rente à titre onéreux. La capacité de la personne qui verse les fonds doit être celle de faire une libéralité ; mais si cette capacité lui fait défaut, la rente sera due à son profit, pourvu que la capacité de contracter à titre onéreux lui appartienne.

245. Comme tout acte ou contrat, la constitution de rente viagère exige le consentement des parties. Les vices du consentement donnent lieu à la rescision dans les mêmes conditions que pour les actes, — libéralité ou contrat à titre onéreux —, auxquels la constitution de rentes appartient par sa nature (3). Toutefois la vente d'un immeuble moyennant une rente viagère n'est pas rescindable pour cause de lésion des sept douzièmes (4), quoique l'article 1674 proclame en termes absolus l'existence de cette cause de rescision dans la vente. Car, dans un contrat aléatoire, il est impossible de déterminer s'il y a lésion, et, d'autre part, l'article 1976 dispose, également en termes absolus, que le

(1) V. *supra*, n. 190 s.

(2) V. *supra*, n. 201.

(3) V. *infra*, n. 267.

(4) V. Cass., 30 mai 1831, S., 31. 1. 217. — Angers, 21 fév. 1828, S. chr. — Toulouse, 21 nov. 1831, S., 32. 2. 108. — Caen, 6 janv. 1879, S., 79. 2. 184, D., 80. 2. 176. — Pau, 29 déc. 1886, S., 88. 2. 107, D., 87. 2. 194. — Riom, 19 juill. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 524. — Amiens, 31 juill. 1894, D., 96. 2. 108. — Guillouard, n. 134 et 136, et *Tr. de la vente*, II, 695 et 696 s., I, n. 97 et 98.

taux de la rente viagère est libre. Cela a été, du reste, dit au cours des travaux préparatoires (1).

246. Mais si, en réalité, la vente ne présente aucun caractère aléatoire pour l'acheteur chargé, en fait de prix, du service d'une rente viagère, cette vente est nulle (2). Les arrêts qui ont décidé en ce sens peuvent être facilement mis d'accord avec ceux qui, d'une manière absolue en apparence, ont admis la solution contraire. Il en est ainsi par exemple si la rente est égale ou à peine supérieure au revenu de l'immeuble (3).

Toutefois c'est à tort que certains auteurs donnent cette solution en termes absolus (4). Si les parties ont eu l'intention de faire un contrat sérieux, ce qui sera le cas le plus habituel, l'acte sera valable à titre de libéralité.

247. Il pourra y avoir lieu à nullité pour défaut de consentement, sauf intention démontrée de faire une libéralité (5), si le prix n'est pas sérieux (6). Le prix peut être regardé comme n'étant pas sérieux, par cela même qu'il est inférieur au taux légal de l'intérêt (7) ; mais cela n'est pas une solution inévitable (8).

248. L'objet et la cause des obligations doivent exister et être licites. A ce point de vue, on appliquera le droit commun. Toutefois les articles 1974 et 1975 donnent lieu à des difficultés spéciales que nous avons déjà étudiées (9).

(1) Exposé des motifs de Portalis, Fenet, XIV, p. 546. — Discours de Duveyrier au Corps législatif, Fenet, XIV, p. 563.

(2) Cass., 22 fév. 1836, S., 36. 1.186. — Cass., 13 nov. 1867, S., 68. 1. 23. — Cass. req., 15 juin 1895, S., 95. 1. 488. — Grenoble, 18 avril 1831, P. chr. — Nancy, 2 août 1837, S., 39. 2. 183. — Montpellier, 8 déc. 1857, S., 58. 2. 703, D., 58. 2. 120. — Caen, 3 mai 1870, D., 71. 2. 213. — Lyon, 10 juin 1875, S., 76.2.119. — Caen, 6 janv. 1879, S., 79.2.184, D., 80. 2. 176. — Pau, 29 déc. 1886, S., 88.2. 107, D., 87. 2. 194. — Montpellier, 20 déc. 1900, *Mon. jud. Midi*, 6 janv. 1901. — Guillouard, n. 134 et 167 et *Tr. de la vente*, I, n. 97 et 98, II, n. 697.

(3) Guillouard, n. 167.

(4) Guillouard, *loc. cit.*

(5) V. *supra*, n. 178 s.

(6) Trib. civ. Lyon, 2 mars 1895, *Journ. des assur.*, 95. 269.

(7) Trib. civ. Mâcon, 14 mai 1895, *Droit*, 14 juin 1895.

(8) V. cep. Trib. civ. Mâcon, 14 mai 1895, précité.

(9) V. *supra*, n. 212 s.

§ VI. *Du taux de la rente viagère.*

249. « *La rente viagère peut être constituée au taux qu'il* « *plaît aux parties contractantes de fixer* » (art. 1976).

Cette disposition présente de l'utilité sous l'empire des lois, actuellement en vigueur, qui limitent, au moins en matière civile, le taux de l'intérêt conventionnel, et c'est probablement en prévision de ces lois qu'elle a été écrite. Elle peut paraître inutile sous l'empire d'une législation qui, comme celle du Code civil, laisse la fixation du taux de l'intérêt au libre arbitre des parties. Quoi qu'il en soit, l'article 1976 signifie aujourd'hui que la limitation du taux de l'intérêt conventionnel est étrangère au contrat de constitution de rente viagère (1) : ce qui s'explique par le caractère aléatoire du contrat; d'ailleurs les arrérages d'une rente viagère représentent non seulement les intérêts du capital de la constitution, mais en outre une partie de ce capital lui-même que le crédi-rentier consomme petit à petit.

Toutefois la rente constituée à titre de prêt est nulle si, sous forme de rente viagère, les parties ont déguisé un prêt usuraire (2), c'est-à-dire s'il n'y a pas de véritable aléa et s'il est certain que les arrérages dépasseront les 5 p. 100 du capital.

Il en est autrement pour la rente constituée à titre de vente, le maximum du taux de l'intérêt ne s'appliquant pas ce contrat (3).

250. Il faut d'ailleurs admettre que, même dans les législations qui limitent le taux de l'intérêt, le taux des arrérages d'une rente viagère, même en l'absence d'une disposition formelle de la loi, n'est pas limité (4).

251. Nous avons montré que si le taux est trop faible ou

(1) Riom, 12 déc. 1883, D., 85. 2. 101. — Guillouard, n. 139 et 166.

(2) Cass., 31 déc. 1833, S., 34. 1. 104. — Cass., 26 juin 1845, S., 45. 1. 834, D., 45. 1. 360. — Dijon, 22 janv. 1896, D., 96. 2. 325. — Pont, I, n. 728 ; Aubry et Rau, IV, p. 586 et 587, § 388, note 20 ; Guillouard, n. 139 et 167.

(3) V. notre *Tr. de la société, du prêt, du dépôt*, 2e éd., n. 825 s.

(4) Duranton, XVII, n. 152 ; Troplong, n. 283 ; Pont, I, n. 725 s. ; Laurent, XXVII, n. 289 s. ; Guillouard, n. 123 et 166.

trop élevé en vertu d'une intention libérale des parties, l'acte constitue une donation de la part du crédirentier dans le premier cas et de la part du débirentier dans le second cas (1). Il n'y aura donc jamais lieu, s'il existe une intention de ce genre, à la réduction du taux des arrérages.

Ainsi, lorsqu'une rente viagère a été constituée en récompense de services rendus, le juge ne peut la réduire comme étant hors de proportion avec ces services (2).

252. Si la constitution de rente viagère doit être exécutée au moyen de l'achat d'une rente sur l'État, inscrite pour l'usufruit au nom du rentier, ce dernier ne peut exiger que la rente soit d'un type déterminé (par exemple du type de 3 p. 0/0, lequel a le moins de chance d'être converti). Ce sont les débirentiers qui, en leur qualité de débiteurs, ont le choix (3).

253. Si une réduction des intérêts de la rente sur l'État s'effectue, la question de savoir si la rente doit être complétée est question de fait. En matière de constitution à titre onéreux, la négative doit, en général, être admise, les parties ayant sans doute voulu régler immédiatement leur situation respective. Si la rente a été constituée à titre gratuit, l'intention du disposant peut être d'avoir voulu assurer à la personne gratifiée un revenu déterminé ; en ce cas la rente devra être complétée (4).

(1) V. *supra*, n. 178 s.

(2) Paris, 8 nov. 1892, D., 94. 2. 191.

(3) Trib. civ. Seine, 18 avril 1893, *Droit*, 13 juin 1893.

(4) Paris, 14 nov. 1894, D., 95. 2. 119. — Si la rente est incessible, elle doit être complétée. Orléans, 4 juill. 1885, cité *infra* — Trib. civ. Seine, 8 juin 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 2. *Supp.*, 21. — V. sur ce point *infra*, n. 320. — On admet même, en général, que la rente constituée à titre gratuit doit être complétée. Trib. civ. Seine, 8 déc. 1886, *Loi*, 25 sept. 1886. — Nancy, 24 oct. 1885, S., 86. 2. 84, D., 86. 2. 195 (il avait été dit que la rente sur l'Etat servirait de garantie). — Trib. civ. Seine, 13 mars 1895, *Gaz. Trib.*, 4 sept. 1895. — Orléans, 4 juil. 1885, S., 87. 2. 43, D., 86. 2. 195. — Paris, 27 janv. 1888, S., 88. 2. 56, D., 88. 2. 302. — Trib. civ. Seine, 26 janv. 1899, *Droit*, 6 juill. 1899. — Et en valeurs de même nature que les valeurs primitives. Trib. civ. Seine, 13 mars 1895, précité (si la rente était garantie par des rentes françaises, elle ne peut être complétée que par des rentes françaises ou des valeurs assimilables, telles que des obligations des six grandes compagnies de chemin de fer, de la ville de Paris ou du Crédit foncier, et non pas des rentes espagnoles). — En tout cas,

SECTION VI

OBLIGATIONS DES PARTIES ENTRE ELLES

§ I. *Obligations du crédirentier vis-à-vis du débirentier.*

254. Lorsque la constitution de rente a lieu à titre de prêt, elle est, dans la conception du code, unilatérale ; elle est, au contraire, synallagmatique lorsqu'elle est faite à titre de vente. Nous avons déjà démontré ces deux points (1).

Il semblerait en résulter que le crédirentier n'a d'obligations que dans la seconde hypothèse. Mais comme, en réalité, le prêteur a certaines obligations (2), ces mêmes obligations incombent au crédirentier qui a stipulé à titre de prêteur.

On signale cependant comme un caractère distinctif de la rente constituée pour prix d'une vente que le vendeur est obligé de délivrer la chose vendue et de garantir l'acquéreur (3).

Cette obligation du vendeur existe effectivement ; mais, quand la rente est le résultat d'un prêt, cette obligation existe également; nous nous référons sur ce point à la solution que nous avons donnée en étudiant le prêt (4).

255. Nous avons déjà montré l'intérêt unique, au point de vue pratique, de la distinction ; il concerne la forme du contrat (5).

§ II. *Obligations du débirentier vis-à-vis du crédirentier.*

256. Le débirentier est tenu vis-à-vis du crédirentier de

elle doit être complétée si le défunt avait simplement légué la rente viagère et si l'achat d'un titre de rente a été convenu entre les parties. Trib. civ. Lyon, 11 mars 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 2. 59. — Trib. civ. Seine, 23 juin 1899, *Droit*, 6 août 1899.

(1) V. *supra*, n. 191 s.

(2) V. notre *Tr. de la société, du prêt, du dépôt*, 2e éd., n. 739 s.

(3) Guillouard, n. 135 et 180.

(4) V. notre *Tr. de la société, du prêt, du dépôt*, 2e éd., n. 744 s.

(5) V. *supra*, n. 200.

trois obligations : 1° fournir les sûretés promises ; 2° payer régulièrement les arrérages de la rente ; 3° supporter les risques de la chose acquise par lui.

I. *Obligation de fournir les sûretés promises et sanction de cette obligation.*

A. *Nature et fondement des sûretés.*

257. Le débirentier doit fournir les sûretés promises par le contrat. La sanction de cette obligation est écrite dans l'article 1977, ainsi conçu : « *Celui au profit duquel la rente « viagère a été constituée moyennant un prix, peut demander la résiliation du contrat, si le constituant ne lui donne « pas les sûretés stipulées pour son exécution.* »

Cette décision est empruntée à l'ancien droit (1).

258. Si la rente viagère provient d'une vente, cette première obligation est également garantie par le privilège du vendeur (2).

259. Lorsque la chose moyennant laquelle la rente viagère a été constituée est autre qu'une somme d'argent, auquel cas le contrat de constitution de rente viagère est synallagmatique, l'article 1977 n'est qu'une application particulière du principe général déposé dans l'article 1184, aux termes duquel : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats *synallagmatiques*, pour le cas où « l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. » Si, au contraire, le capital de la constitution consiste en une somme d'argent, auquel cas le contrat est unilatéral, notre disposition déroge au droit commun, d'après lequel la condition résolutoire n'est pas sous-entendue dans les contrats unilatéraux (3), à moins qu'on n'admette que l'article 1184 est applicable aux contrats unilatéraux (4). L'exception se justifie par cette considération que le crédirentier a donné ses fonds sous la condition que les sûretés pro-

(1) Pothier, n. 228.
(2) Guillouard, n. 181.
(3) Laurent, XXVII, n. 309.
(4) Pont, I, n. 734 ; Guillouard, n. 194.

mises lui seraient fournies ; il a donc le droit de les reprendre, si cette condition n'est pas remplie.

B. *Conditions de la résolution.*

260. Parmi les sûretés qui peuvent avoir été promises, on peut, avec Pothier [1], citer la caution [2].

On peut également, avec Pothier [3], citer la libération, promise par le contrat, des charges grevant l'immeuble donné en garantie [4].

261. L'article 1977 s'applique même si les sûretés ont été promises conditionnellement, pourvu que la condition à laquelle leur nécessité était subordonnée se soit accomplie [5].

Ainsi l'article 1977 s'applique si le contrat portait que le débiteur, en cas de non payement des arrérages pendant un délai déterminé, fournirait des sûretés, et si, malgré ce défaut de payement, les sûretés n'ont pas été fournies [6].

262. On admet, tant en doctrine qu'en jurisprudence, qu'il y a lieu d'assimiler au cas où le débiteur ne fournit pas les sûretés promises celui où il diminue les sûretés fournies [7]. Dans un cas comme dans l'autre, le crédirentier peut donc demander la résolution. La raison de décider, à savoir que le débirentier est blâmable d'avoir désobéi au contrat, s'applique indifféremment aux deux hypothèses, et, du reste, l'article 1188 montre qu'en règle générale elles sont assimilées l'une à l'autre.

263. La vente de l'immeuble hypothéqué en garantie du payement des arrérages est-elle une diminution de sûreté ? La question se pose d'une manière générale pour la vente d'un immeuble hypothéqué à une dette quelconque.

(1) N. 228.
(2) Guillouard, n. 196.
(3) N. 228.
(4) Guillouard, n. 196.
(5) Guillouard, n. 196.
(6) Cass., 2 déc. 1856, S., 57. 1. 356. — Guillouard, n. 196.
(7) Colmar, 25 août 1810, S. chr. — Toulouse, 18 mai 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 2e p., 5. — Duranton, XVIII, n. 163 ; Troplong, n. 291 ; Pont, I. n. 737 ; Aubry et Rau, IV, p. 509, § 390, note 6 ; Laurent, XXVII, n. 312 ; Guillouard, n. 197.

On décide l'affirmative pour la vente partielle, car la faculté de purger accordée aux acquéreurs permet aux acquéreurs de diviser le revenu de la rente; en outre, il y a pour le crédirentier des inconvénients à produire à plusieurs ordres et à recevoir des payements partiels [1].

Toutefois il en est autrement si le vendeur a interdit la purge à l'acquéreur [2].

Quant à la vente totale, elle n'entraîne pas une diminution de sûreté, dans le cas au moins où le payement de la rente a été imposé à l'acquéreur [3].

Dans le cas contraire, on décide que le juge peut, selon les circonstances, admettre qu'il y a diminution de sûreté, par la raison que le crédirentier doit veiller à la conservation de l'inscription de son privilège du vendeur [4].

264. Mais l'acquéreur ne manque pas aux sûretés fournies par le contrat s'il n'a pas fait la transcription du contrat pour assurer au crédirentier le privilège du vendeur [5] ; car rien n'empêchait le débirentier d'accomplir cette obligation.

265. La constitution d'hypothèques nouvelles sur l'immeuble déjà hypothéqué au service de la rente n'est pas une diminution de sûretés [6], puisque le créancier hypothécaire le plus ancien est préféré aux moins anciens.

Il en est ainsi même si, en fait, le nouveau créancier hypothécaire fait procéder à l'expropriation de l'immeuble [7], car le premier créancier hypothécaire sera colloqué par pré-

[1] Colmar, 25 août 1810, S. chr. — Pau, 23 août 1834, S, 35. 2. 120. — Toulouse, 18 mai 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2, 2e p., 5. — Pont, I, n. 739; Aubry et Rau, IV, p. 589, § 390, note 7 ; Guillouard, n. 197.

[2] Guillouard, *loc. cit.*

[3] Cass., 16 avril 1839, S., 39. 1. 511. — Riom, 4 août 1818, S. chr. — Troplong, n. 295; Pont, I, n. 739; Aubry et Rau, IV, p. 589 et 590, § 390, note 8 ; Guillouard, n. 197.

[4] Guillouard, *loc. cit.*

[5] Cass., 13 juin 1837, S., 38. 1. 45. — Orléans, 6 fév. 1835, S., 37. 2. 75. — Pont, I, n. 735 ; Guillouard, n. 196.

[6] Autorités citées à la note suivante.

[7] Paris, 23 avril 1853, S., 55. 2. 199, D., 55. 2. 351. — Pont, I, n. 740 ; Aubry et Rau, IV, p. 590, § 390, note 9 ; Guillouard, n. 197.

férence aux suivants et, d'ailleurs, le droit d'expropriation appartient à tous créanciers, même chirographaires.

266. Si la diminution des sûretés est indépendante du fait du débiteur, l'article 1977 ne s'applique plus (1), car le seul cas visé par cette disposition, celui où le débiteur « *ne donne pas* les sûretés promises », montre que la résolution est subordonnée à la faute, ou du moins au fait du débiteur. D'ailleurs l'article 1188 indique cette même restriction pour la déchéance du terme provenant de la diminution des sûretés. Enfin c'est une solution d'équité, car il serait excessif de punir le débiteur pour un événement dont il n'est pas responsable. A la vérité, on admet généralement que la diminution des sûretés même par cas fortuit est, dans la rente perpétuelle, une cause de déchéance, mais la loi manifeste (art. 1978) l'intention d'admettre difficilement la résolution de la constitution de rentes viagères.

Ainsi la dépréciation fortuite des immeubles hypothéqués n'autorise pas la résolution (2).

267. L'exagération de la valeur des sûretés fournies n'autorise pas la résolution (3), car il était possible au crédirentier de rechercher la valeur exacte de ces sûretés, et, d'ailleurs, on ne peut dire ici que le débirentier ait désobéi au contrat.

Toutefois, si, par des manœuvres frauduleuses, le débirentier a déterminé le crédirentier à se méprendre sur la valeur des sûretés et si cette erreur a décidé le crédirentier à contracter, la convention pourra être annulée pour cause de dol.

268. Aux garanties promises par le contrat, il faut assimiler les garanties légales (4).

(1) Paris, 21 déc. 1836, S., 37. 2. 427. — Troplong, n. 295 ; Aubry et Rau, IV, p. 590, § 390, note 10 ; Laurent, XXVII, n. 313 ; Guillouard, n. 198.

(2) Paris, 21 déc. 1836, précité. — Guillouard, n. 198.

(3) Douai, 25 nov. 1833, S., 34. 2. 238. — Pont, I, n. 736 ; Aubry et Rau, IV, p. 589, § 390, note 5; Guillouard, n. 199.

(4) Toulouse, 18 mai 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 2e p , 5 (privilège du vendeur).

C. *Manière dont opère la résolution et extinction de l'action en résolution.*

269. La résolution prononcée par l'article 1977 n'a pas lieu de plein droit; elle doit être demandée par le crédirentier, comme l'indique le mot *peut*, contenu dans l'article 1977 (1); elle n'existe qu'à dater du jour où elle a été prononcée par le juge. Et comme celui-ci ne peut pas résoudre un contrat qui a cessé d'exister, il en résulte que le débirentier sera à l'abri de la résolution, si la rente vient à s'éteindre, pendant la durée de l'instance en résolution, par la mort de la personne sur la tête de laquelle elle était constituée (2); c'est ce que décidait déjà Pothier (3). A plus forte raison, la résolution ne pourrait-elle pas être *demandée* après la mort de cette personne.

270. Le débiteur peut arrêter l'action en résolution s'il offre, avant que le jugement soit passé en force de chose jugée, des sûretés équivalentes à celles qui ont disparu par son fait ; en effet, le crédirentier n'a plus alors aucun intérêt à persister dans son action.

On a voulu limiter ce droit au cas où le juge jugerait peu importantes les diminutions subies, par la raison que, dans le cas contraire (4), le créancier seul est juge du point de savoir si les sûretés offertes en remplacement sont suffisantes. Il nous paraît singulier de donner ainsi au juge le droit d'apprécier si la faculté d'estimer les sûretés nouvelles appartiendra au juge lui-même ou au créancier. D'autre part, le juge, étant appelé à trancher toutes les contestations, est chargé, en cas de difficultés entre le créancier et le débiteur, de voir si les sûretés sont suffisantes.

De même le débiteur pourra offrir les sûretés qu'il avait

(1) Guillouard, n. 193.

(2) Duranton, XVIII, n. 166 ; Troplong, n. 297 ; Pont. I. n. 743 ; Aubry et Rau, IV, p. 500, § 390, note 12 ; Laurent, XXVII, n. 315 ; Guillouard, n. 200 *Contra* Planiol, II, n. 2133.

(3) N. 229.

(4) Guillouard, n. 200.

promises mais n'avait pas fournies, à la seule condition que le juge trouve ces sûretés suffisantes [1].

D. *Effets de la résolution.*

271. Supposons la résolution prononcée par une sentence qui a acquis l'autorité irrévocable de la chose jugée ; quels en seront les effets ? La question est controversée. Nous croyons qu'il faut, dans le silence de la loi, appliquer le droit commun : ce qui conduit à dire que tout sera remis au même et semblable état que si le contrat n'avait jamais existé (art. 1183). Le débirentier sera donc tenu de rembourser le capital de la constitution, outre les fruits qu'il en a retirés ou qu'il a dû en retirer, et de son côté le crédirentier devra la restitution des arrérages par lui perçus. En d'autres termes, le débirentier restitue le capital de la constitution et le crédirentier les arrérages par lui touchés, sous la déduction des fruits ou intérêts que le débirentier a perçus ou dû percevoir. Les parties seront ainsi replacées dans la même situation qu'avant le contrat ; sauf en un point cependant, à savoir que le crédirentier aura couru, depuis le jour du contrat jusqu'à sa résolution, le risque de perdre son capital par suite de son décès, tandis qu'il n'aurait pas couru ce risque si le contrat n'avait jamais existé.

A raison de cette dernière observation, Pothier soutenait [2], et la jurisprudence et certains auteurs admettent encore [3], que, comme compensation des chances qu'a eues le débirentier avant la résolution de voir la rente s'éteindre, il

(1) *Contra* Guillouard, n. 200.

(2) N. 230.

(3) Cass. req., 13 mars 1888, S., 90. 1. 169, D. 88. 1. 357. — Bruxelles, 10 août 1833, S., 34. 2. 399. — Paris, 22 fév. 1837, S., 37. 2. 291. — Caen, 16 déc. 1843, S., 44. 2. 97, D. *Rép.*, v° *Rente viag.*, n. 100. — Dijon, 22 janv. 1847, S., 48. 2. 206, D. *Rép.*, v° *Rente viag.*, n. 129. — Duranton, XVIII, n. 164 ; Taulier, VI, p. 508 : Troplong, n. 298 s. ; Massé et Vergé, V, p. 30, § 749, note 6. — Pont, I, n. 747 ; Aubry et Rau, IV, p. 590, § 390, note 13 ; Guillouard, n. 201 et *Tr. de la vente*, n. 214 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 193 *bis* ; Percerou, *Note*, D., 1905. 2. 233. — *Contra* Cass. civ., 23 août 1843, S., 43. 1. 892, D. *Rép.*, v° *Rente viag.*, n. 128. — Bordeaux, 30 août 1814, D. *Rép.*, v° *Rente viag.*, n. 99 ; Laurent, XXVII, n. 316 ; Planiol, II, n. 2132. — V. *infra*, à propos de l'article 1978, n. 292.

devra laisser entre les mains du crédirentier les arrérages échus. A cela il est possible de répondre qu'on ne peut, en l'absence d'un texte, déroger aux effets généraux de la résolution. Il est tout à fait arbitraire de dire que l'article 1183, qui ordonne la restitution de tout ce qui a été perdu par l'effet d'un contrat résolu, ne s'applique pas aux contrats ayant pour objet une chance.

On objecte encore que les arrérages de la rente viagère sont des fruits[1]; ce n'est pas une raison pour qu'ils ne soient pas sujets à restitution [2]. Sans doute en principe les fruits sont acquis au possesseur de bonne foi, mais on ne peut pas dire que le crédirentier ait possédé la rente.

272. Si l'on admet, avec nos adversaires, que le débirentier n'a pas droit à la restitution des arrérages qu'il a payés, il faudra logiquement décider qu'il devra, malgré la résolution, acquitter les arrérages échus avant la résolution et non encore payés [3], et c'est, en effet, ce qu'admettait Pothier [4]. Toutefois il en est autrement si l'on fonde la solution précédente sur le principe de l'acquisition des fruits par la possession de bonne foi.

273. Evidemment, la décision judiciaire qui résout le contrat ne peut pas faire que le créancier n'ait pas couru ce risque ; mais elle peut, à un certain point de vue, le placer dans la même situation que s'il ne l'avait pas couru, et cela en lui allouant des dommages et intérêts : ils sont de droit dans toute action en résolution, quand le demandeur subit un préjudice.

Et rien ne s'opposerait à ce que le juge allouât, à titre de dommages et intérêts, au crédirentier la différence entre le montant des arrérages de la rente viagère et le revenu du capital de la constitution pendant tout le temps qui s'est écoulé depuis le contrat jusqu'à sa résolution ; car c'est là

(1) Cass. req., 13 mars 1888, précité.
(2) Cass., 23 août 1843, précité. — Laurent, XXVII, n. 318.
(3) Colmar, 25 août 1810, S. chr. — Trib. civ. Nancy, 2 août 1880, D., 81. 3. 86. — Troplong, n. 298 s. ; Pont, I, n. 747 ; Aubry et Rau, IV, p. 590 et 591, § 390, note 14. — Cpr. Cass., 26 mai 1868, S., 69. 1.76, D., 68. 1. 492.
(4) N. 230.

précisément le prix du risque dont il vient d'être parlé : ce qui revient à dire que le crédirentier peut être autorisé à garder en totalité les arrérages par lui perçus.

274. Si le crédirentier avait aliéné un immeuble pour avoir droit à la rente, le débirentier doit la restitution de cet immeuble ([1]).

Les aliénations ou les droits réels consentis par le débirentier tombent rétroactivement ([2]), car c'est là l'effet de toute résolution.

E. *Contrats auxquels s'applique la résolution.*

275. L'article 1977 n'est pas applicable aux rentes constituées à titre gratuit ([3]) ; cela est indiqué par la place où il se trouve et par ses termes.

Ainsi les constitutions de rentes viagères par testament ne sont pas résolues par cela seul que les sûretés ne sont pas fournies ([4]).

Quant aux constitutions de rentes comme charge de donations, si elles ne tombent pas sous l'article 1977, elles sont cependant résolubles pour le fait prévu par cet article ([5]), et cela en vertu de l'article 953, qui permet la résolution des donations pour inexécution des conditions.

II. *Obligation de payer les arrérages et sanction de cette obligation.*

276. Le débirentier doit payer les arrérages de la rente aux époques fixées par la convention.

([1]) Guillouard, n. 192.
([2]) Guillouard, n. 192.
([3]) Pont, I, n. 748 ; Aubry et Rau, IV, p. 589, § 390. — *Contra* pour les donations, Guillouard, n. 195.
([4]) Guillouard, n. 195.
([5]) Pont, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

A. *Temps pendant lequel les arrérages sont dus.*

277. Nous verrons, à propos de l'extinction de la rente, que les arrérages s'acquièrent jour par jour (1).

Ils commencent à courir à partir du jour de la remise de l'objet vendu si la constitution de rente est une vente. Il est vrai que l'article **1652** du Code civil ne fait courir les intérêts du prix antérieurement à une sommation que s'il en a été ainsi convenu ou si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus. Mais d'une part, comme, dans la vente moyennant une rente viagère, le prix consiste dans des arrérages payables périodiquement, il faudrait, pour obéir à ce texte, faire une sommation de payer à chaque échéance pour faire courir les arrérages, ce qui est inadmissible. D'autre part, la constitution de rente ayant pour but de donner au crédirentier les ressources suffisantes pour vivre, on doit supposer qu'il a voulu les acquérir dès le jour où il a livré la chose à laquelle la rente sert de prix.

Si la constitution de rente est un prêt, c'est également à partir de la livraison des fonds que courent les arrérages, en vertu du droit commun (2). Lorsqu'il est convenu que le versement du capital ne sera opéré que plus tard, les arrérages ne courent donc pas immédiatement (3).

Rien n'empêche cependant les parties de stipuler que le service de la rente viagère commencera avant le versement de la somme promise par le crédirentier (4), et ce sera alors encore un contrat de rente viagère, gouverné par les règles de ce contrat et non pas seulement par les règles générales des conventions (5).

278. Les arrérages cessent d'être dus à la fin du contrat, et notamment à la mort du crédirentier (6). Mais, à moins de stipulation contraire, les arrérages échus à cette époque

(1) V. *infra*, n. 344.
(2) V. notre *Tr. de la soc., du prêt, du dépôt*, 2e éd., n. 922.
(3) *Contra* Pont, I, n. 677.
(4) Guillouard, n. 137.
(5) *Contra* Guillouard, n. 137.
(6) V. *infra*, n. 322 s.

restent exigibles[1]. Nous montrerons plus loin que la preuve de l'extinction par la mort n'est pas à la charge du débirentier [2].

279. Les intérêts peuvent se prescrire sans que la rente cesse d'exister, ainsi que nous le dirons plus loin [3].

B. *Mode de payement et taux des arrérages.*

280. Les arrérages de la rente peuvent être stipulés payables en denrées aussi bien qu'en argent [4].

Mais, si les arrérages consistent à nourrir et entretenir le crédirentier, l'acte n'est pas à proprement parler une constitution de rente viagère [5].

281. Ainsi que nous l'avons vu, le taux des arrérages est fixé librement par les parties [6].

C. *Garanties du payement des arrérages.*

a. Privilège du vendeur.

282. Lorsque la rente est stipulée comme prix d'une vente, le payement des arrérages est garanti par le privilège du vendeur [7].

b. Droit de résolution.

α. *Absence du droit de résolution à défaut de convention.*

283. En outre, le droit commun accorderait au crédirentier, dans le cas où la constitution de rente serait une vente, le droit de résolution pour défaut d'inexécution des conditions (C. civ. 1184 et 1654). Mais ce droit de résolution ne lui aurait pas appartenu, en l'absence d'un texte, dans le contrat de prêt, l'opinion générale ne reconnaissant pas

(1) V. *infra*, n. 344.
(2) V. *infra*, n. 349.
(3) V. *infra*, n. 342.
(4) V. *supra*, n. 242.
(5) V. *infra*, n. 352.
(6) V. *supra*, n. 249 s.
(7) Guillouard, n. 135.

l'existence du droit de résolution dans les contrats uinlatéraux.

284. L'article 1978, dont le but principal paraît être d'assimiler à ce point de vue les deux sortes de contrat de rente viagère, substitue ici au droit commun un droit spécial : « *Le seul défaut de paiement des arrérages de la rente n'au-* « *torise point celui en faveur de qui elle est constituée, à* « *demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans* « *le fonds par lui aliéné : il n'a que le droit de saisir et de* « *faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordon-* « *ner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une* « *somme suffisante pour le service des arrérages.* »

Les motifs donnés lors des travaux préparatoires, pour justifier cette disposition, ne sont guère sérieux en tant qu'ils restreignent, dans le contrat de vente, la sanction accordée au crédirentier par le droit commun (1). On a dit (2) qu'admettre la résolution pour défaut de payement des arrérages, ce serait enlever au contrat sa solidité, — ce qui est la critique de l'action en résolution elle-même, — et en permettre la dissolution pour « la plus légère infraction » ; mais est-ce donc une légère infraction au contrat que de ne pas exécuter la principale obligation qu'on a contractée ? et, au surplus, une vente n'est-elle pas également résoluble du prix, et même des intérêts du prix ?

On a dit aussi (3) que le défaut de résolution est avantageux au crédirentier, qui n'a pas dès lors la pensée de chercher un autre emploi de son capital. Mais est-ce à la loi qu'il appartient de prendre en main les intérêts du crédirentier et d'ailleurs, si ce dernier trouve le maintien du contrat plus avantageux pour lui, est-il forcé d'en demander la résolution ?

Diverses autorités (4) ont cru justifier l'article 1978 en disant que la résolution a l'inconvénient de faire perdre au

(1) Troplong, n. 305 s. ; Pont, I, n. 750 ; Laurent, XXVII, n. 317 ; Guillouard, n. 203.

(2) *Exposé des motifs* de Portalis, Fenet, XIV, p. 546.

(3) Discours de Duveyrier au Corps législatif, Fenet, XIV, p. 564.

(4) Caen, 11 avril 1841, S., 41. 2. 433 (motifs). — Troplong, n. 309 ; Pont, I, n. 750 ; Laurent, XXVII, n. 317 ; Guillouard, n. 204.

débirentier les arrérages déjà payés, et à l'objection tirée de ce que dans le cas de l'article 1977 la résolution est admise, on répond que c'était le seul moyen de protéger le crédirentier. Cette argumentation ne nous convainc pas [1]: le remède donné par l'article 1978 aurait pu s'appliquer au cas de l'article 1977 et d'ailleurs nous avons montré que la résolution ne laisse pas entre les mains du crédirentier les arrérages qu'il a touchés.

285. La résolution est impossible non seulement si le débiteur est en retard, mais encore s'il est dans l'impossibilité absolue et définitive de payer au créancier les arrérages [2]. La loi ne distingue pas, les travaux préparatoires non plus, et tous les motifs par lesquels on a essayé de justifier l'article 1978 s'appliquent indifféremment aux deux hypothèses.

286. On admet que l'article 1978 n'est plus applicable et que la résolution est possible si le contrat de constitution de rente est commutatif, c'est-à-dire sans caractère aléatoire [3]. Cette disposition est, dit-on, fondée sur des motifs spéciaux au contrat aléatoire. Nous pouvons faire remarquer cependant que les motifs — inexplicables sans doute, mais cependant inspirateurs de l'article 1978 — qu'indiquent les travaux préparatoires sont généraux; l'article 1978 est également conçu en termes généraux.

287. En tout cas l'article 1978 n'est pas applicable à une rente viagère constituée à titre gratuit. Mais ce n'est pas une raison pour admettre que la résolution est possible [4]. On fonde la résolution sur l'article 953. Mais l'article 953 admet la résolution au profit du donateur, et ici il s'agirait

(1) Lacoste, *Note*, S., 90.1. 169.

(2) Cass., 18 déc. 1822, S. chr. — Pont, I, n. 755; Aubry et Rau, IV, p. 591, § 390, note 15; Guillouard, n. 205.

(3) Cass., 20 nov. 1827, S. chr. — Cass., 16 mars 1866, S., 66. 1. 349, D., 66. 1. 211. — Troplong, n. 313; Pont, I, n. 752; Laurent, XXVII, n. 319; Guillouard, n. 206.

(4) *Contra* Trib. civ. Compiègne, 26 déc. 1901, *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 385. — Duranton, XVIII, n. 543; Troplong, n. 312; Massé et Vergé, III, p. 230, § 483, note 1, Demolombe, XX, n. 582; Aubry et Rau, IV, p. 592, § 390, note 20 et VII, p. 410, § 707 *bis*, note 1; Pont, I, n. 751; Laurent, XXVII, n. 318 et XII, n. 341; Guillouard, n. 206; Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, art. 954, n. 36 s.

de l'admettre au profit du crédirentier, c'est-à-dire du donataire de la rente.

288. L'article 1978 cesse d'être applicable si la rente viagère est la condition d'une donation, toute donation étant révocable pour cause d'inexécution des conditions (art. 953) (1).

288 *bis*. L'article 1978 n'est pas applicable davantage aux rentes constituées par contrat unilatéral (2), car il est une modification à l'article 1184 qui, d'après l'opinion générale concerne uniquement les contrats synallagmatiques.

Enfin il peut être dérogé à l'article 1978 soit par la convention même, soit par une convention postérieure (3).

β. *Résolution établie par la convention.*

289. Quoique l'article 1978 porte que le défaut de payement des arrérages n'entraînera pas la résolution du contrat, cette résolution peut être stipulée (4). Il faudrait un

(1) Cass. civ., 18 juil. 1836, D. *Rép.*, v° *Rente viagère*, n. 50. — Cass., 6 déc. 1881, S., 84. 1. 19. — Cass. req., 22 oct. 1901, D., 1902. 1. 241. — Riom, 3 janv. 1826, D. *Rép.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 1797-3°. — Poitiers, 6 janv. 1837, S., 37. 2. 261, D., *Rép.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 1796. — Bordeaux, 24 juin 1839, D. *Rép.*, v° *Dispos. entre vifs*, n. 197-3°. — Caen, 21 avril 1841, S., 41. 2. 433, D. *Rép.*, v° *Disp. entre vifs*, n. 1297-4°. — Rouen, 27 août 1846, S., 48. 2. 90. — Pau, 6 août 1861, S., 62. 2. 467. — Nîmes, 27 août 1862, *Journ. des not.*, n. 17945. — Nancy, 22 fév. 1867, S., 68. 2. 50, D., 67. 2. 102. — Trib. civ., Lyon, 19 déc. 1885, *Mon. jud. Lyon*, 8 fév. 1886. — Lacoste, *Note*, S., 90. 2. 169; T. P., *Note*, D., 1902. 1. 241, — et les auteurs cités à la note précédente.

(2) Paris, 27 janv. 1904, *Gaz. Trib.*, 10 juin 1904.

(3) Trib. comm. Seine, 25 fév. 1903, *Loi*, 24 mars 1903.

(4) Cass., 26 mars 1817, S. chr. — Cass., 23 août 1843, S., 43. 1. 892. — Cass., 2 déc. 1856, S., 57. 1. 355. — Cass. req., 13 mars 1888, S., 90. 1. 169 (impl.). — Riom, 27 janv. 1815, S. chr. — Bordeaux, 5 juil. 1816, S. chr. — Bordeaux, 14 mars 1829, S. chr. — Toulouse. 2 juin 1832, S., 32. 2. 291. — Paris, 22 fév. 1837, S., 37. 2. 291. — Caen, 16 déc. 1843, S., 44. 2. 97. — Aix, 21 janv. 1886, *Bull. d'Aix*, 86. 78. — Trib. civ. Tarascon, 7 août 1885, *Rec. d'Aix*, 86.78. — Trib. civ. Annecy, 15 juin 1888, *Loi*, 7 juil. 1888. — Trib. civ. Nancy, 2 août 1880, D., 81. 3. 86, — Trib. civ. Besançon, 23 janv. 1890, *Rép. périod. de l'Enreg.*, n. 7406. — Trib. civ. Langres, 26 juin 1890, *Gaz. Pal.*, 91. 1. 26, *Pand. franç.*, 91. 2. 28. — Trib. civ. Toulouse, 17 mars 1891, *Gaz. Trib. Midi*, 26 avril 1891. — Troplong, n. 310 ; Pont, I, n. 763 à 765 ; Massé et Vergé, V, p. 31, § 749, note 7; Aubry et Rau, IV, p. 592, § 390, note 22 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 193 *bis*, VII ; Guillouard, n. 217; Lacoste, *Note*, S., 90. 1. 169.

texte formel pour interdire cette clause ; elle n'a rien de contraire à l'ordre public, on doit donc admettre que l'article 1978 a simplement voulu interpréter la volonté des parties. Du reste, une disposition en ce sens a été proposée lors des travaux préparatoires par Cambacérès (1), et comme il remarque que, d'ailleurs « la rédaction proposée n'exclut pas cette clause dérogatoire », on doit supposer que si la commission à laquelle l'article avait été renvoyé en vue de cette modification n'y a pas touché, c'est pour cette même raison.

290. On peut même stipuler que la résolution aura lieu de plein droit sans mise en demeure et sans action en justice (2), car cette clause est valable dans les contrats où le défaut d'exécution des obligations permet de recourir à la résolution.

291. En cas de doute, la clause de résolution doit être interprétée restrictivement (3).

En cas de clause qu' « en cas de non payement des arrérages, le vendeur pourra rentrer dans la propriété des biens vendus un mois après commandement resté infructueux », la résolution a lieu sur la simple volonté du vendeur et sans que les juges aient le droit d'apprécier l'intention des parties (4). Il ne suffit pas d'invoquer en sens contraire le caractère restrictif de la clause de résolution.

292. En règle, la résolution a pour effet de forcer le crédirentier à restituer les arrérages qu'il a perçus (5). Nous avons

— *Contra* Paris, 22 déc. 1812, S. chr. — Laurent, XXVII, n. 322. — La stipulation ne résulte pas de ce que l'immeuble cédé en viager est hypothéqué et soumis à l'action en résolution. Trib. civ. Toulouse, 17 mars 1891, précité.

(1) Discussion au conseil d'Etat, Fenet, XIV, p. 525.

(2) Cass., 26 mars 1817, S. chr. — Cass., 26 mai 1868, S., 69. 1. 76, D., 68. 1. 492. — Cass., 9 juin 1869, S., 69. 1. 405, D., 70. 1. 82. — Besançon, 5 janv. 1870, D., 73. 2. 98 (impl.). — Rouen, 6 fév. 1874, D., 75. 2. 99. — Riom, 17 mai 1887, *Gaz.*, *Pal.*, 87. 2. 259. — Guillouard, n. 212.

(3) Besançon, 5 janv. 1870, D., 73. 2. 98. — Guillouard, n. 212. — *Contra* Laurent, XXVII, n. 327.

(4) Guillouard, n. 212. — *Contra* Besançon, 5 janv. 1870, D., 73. 2. 98.

(5) Bordeaux, 30 août 1814, sous Cass., 26 mars 1817, S. chr. — Laurent, XXVII, n. 331. — *Contra* Cass. req., 13 mars 1888, précité. — Trib. civ. Annecy, 15 juin 1888, *Loi*, 7 juil. 1888. — Guillouard, n. 213. — Lacoste, *Note* S., 90. 1. 170.

démontré, en étudiant l'article 1977, l'exactitude de cette solution [1].

A plus forte raison le débirentier n'a-t-il pas à payer les arrérages jusqu'à la résolution [2].

Mais le juge peut allouer des dommages-intérêts au crédirentier obligé de restituer les arrérages [3]. Il a subi par la faute du débirentier un préjudice résultant de ce que le capital aliéné par lui n'a pas produit d'intérêts.

293. On peut convenir qu'au cas de résolution prononcée, les arrérages touchés par le crédirentier lui seront acquis à titre d'indemnité [4] et qu'il pourra exiger les arrérages jusqu'à la résolution [5].

294. Cette stipulation peut même être considérée comme sous-entendue, lorsque le droit de résolution est accordé purement et simplement par le contrat au crédirentier. En effet, jusqu'au jour de la résolution, le crédirentier a couru le risque de la perte de son capital par sa mort ; les arrérages par lui touchés, et même ceux échus et non payés jusqu'au jour de la résolution, sont la contre-valeur de ce risque.

295. Le contrat peut également stipuler qu'en cas de résolution le débiteur devra payer une somme supérieure au capital de la constitution [6] ; il n'y a là qu'un moyen de fixer les dommages et intérêts.

296. Le droit de résolution peut être exercé, même en cas de faillite du débirentier [7] ; il est vrai que la résolution d'une vente de meubles pour défaut de payement du prix ne peut être demandée contre la faillite de l'acheteur, mais c'est à tort qu'on voudrait assimiler la constitution de rente via-

[1] V. *supra*, n. 271.

[2] *Contra* Troplong, n. 13 ; Aubry et Rau, IV, p. 593, § 390, note 24 ; Guillouard, n. 213.

[3] Cpr. Lacoste, *loc. cit.*, p. 171. — V. *supra*, n. 273.

[4] Cass., 26 mai 1863, S., 69. 1. 76, D., 63. 1. 492. — Cass., 24 déc. 1884, S., 85. 1. 115, D., 85. 1. 69. — Guillouard, n. 213 ; Lacoste, *Note*, S., 90. 1. 171.

[5] Mêmes arrêts. — Guillouard, *loc. cit.* ; Lacoste, *loc. cit.*

[6] Rouen, 6 fév. 1874, D., 75. 2. 199. — Laurent, XXVII, n. 331 ; Guillouard, n. 213 *bis*.

[7] Cass. req., 13 mars 1888, précité (impl.). — Lacoste, *Note*, S., 90. 1. 169.

gère à la vente d'une somme d'argent moyennant des arrérages, qui en constitueraient le prix ; la loi considère en effet la constitution d'une rente viagère pour une somme d'argent comme un prêt (1).

297. Si la rente viagère a été constituée moyennant un prix payé par le crédirentier, la résolution permet au crédirentier de réclamer ce prix. De même, si la somme est simplement promise, elle cesse d'être exigible (2).

298. La cour de cassation a décidé que si le vendeur à la charge d'une rente viagère s'est réservé le droit de demander la résolution du contrat au cas où les arrérages de la rente ne seraient pas régulièrement payés, ce droit lui est personnel, et, après son décès, ne s'étend pas à ses héritiers (3). La cour se contente de dire qu'il s'agit là d'une option et, par suite, d'un droit personnel, ce qui est proprement résoudre la question par la question. On a, à l'appui de la même idée, invoqué l'idée que, par essence, le bénéfice du contrat de rente viagère ne passe pas aux héritiers du crédirentier (4); ce raisonnement repose sur une confusion : car si les héritiers du crédirentier n'ont pas droit aux arrérages échus depuis le décès, ils peuvent réclamer les arrérages antérieurs et rien n'empêche que la sanction réservée par le rentier à son profit ne se transmette aux héritiers ; c'est même, à notre avis, ce qui doit être supposé, puisque la créance elle-même est transmise aux héritiers.

Notre solution n'est pas exacte si la rente devait s'éteindre par le décès du crédirentier (5).

(1) L'arrêt précité applique cette solution à une hypothèse où la somme n'avait pas été payée, mais simplement promise ; il est vrai qu'il ne peut, en ce cas, être question de prêt, puisque le prêt suppose la restitution de la somme prêtée, mais ce n'est pas pour cela une vente. Lacoste, *loc. cit.*

(2) Cass. req., 13 mars 1888, S., 90. 1. 169. — Lacoste, *Note*, S., 90. 1. 169. — Et le juge du fait décide souverainement qu'une promesse de somme d'argent faite par le crédirentier, aux termes d'un acte distinct de la constitution de rente, est le prix de la vente. — Cass. req., 13 mars 1888, précité. — Lacoste, *loc. cit.*

(3) Cass. req., 15 nov. 1892, D., 94. 1. 40. — Laurent, XXVII, n. 330. — *Contra* Pont, I, n. 765 ; Guillouard, n. 214.

(4) D., 94. 1. 40.

(5) V. cep. Guillouard, n. 214.

299. Dans tous les cas, s'il a été stipulé qu'à défaut du payement des arrérages la résolution aurait lieu de plein droit, les héritiers peuvent se prévaloir de la résolution [1].

c. Droit de faire vendre les biens du débirentier avec réserve d'une somme suffisante pour le payement.

α. Calcul et mode de stipulation de la somme.

300. Le droit qu'accorde l'article 1978 au crédirentier, dans le cas où les arrérages ne seraient pas payés, est de « saisir et de faire vendre les biens de son débiteur » pour faire employer une somme suffisante au payement des arrérages [2]. C'est une forme de sûreté. Elle ne peut être remplacée par aucune autre sans le consentement des deux parties [3].

La nature de la saisie varie suivant la nature des biens ; ainsi la saisie-arrêt est possible pour les créances du débirentier [4].

La « somme suffisante » dont parle l'article 1978 [5] n'est pas toujours, évidemment, le capital qui a servi à la constitution ; souvent, comme le disait Pothier [6], une somme inférieure sera suffisante, la valeur en capital de la rente diminuant à mesure que le crédirentier avance en âge [7].

301. Tout ce que la loi exige, c'est que la somme soit suffisante pour procurer au crédirentier une rente viagère égale à la rente stipulée [8]; il n'est pas nécessaire que cette somme

(1) Guillouard, n. 214.

(2) V. *supra*, n. 284.

(3) Il a été décidé que le rentier peut demander une hypothèque aux tribunaux pour sûreté du capital de la créance. — Paris, 27 fév. 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 1.521. — Nous ne croyons pas que cela soit exact.

(4) Cass., 10 avril 1839, S., 39. 1. 511. — Pau, 6 août 1861, S., 62. 2. 467. — Guillouard, n. 207.

(5) V. *supra*, n. 284.

(6) N. 231.

(7) Nîmes, 11 avril 1807, S. chr. — Paris, 30 mai 1831, S., 31. 2. 198. — Paris, 10 mars 1832, S., 32. 2. 407. — Pont, I, n. 759 ; Guillouard, n. 207.

(8) Caen, 18 mai 1813, S. chr. — Guillouard, n. 207. — *Contra* Cass., 5 nov. 1862, S., 63. 1. 261, D., 63. 1. 299. — Riom, 18 janv. 1844, S., 44. 2. 166, D., 51. 2. 206. — Caen, 24 janv. 1851, S., 51. 2. 495, D., 51. 2. 207. — Pau, 6 août 1861, S., 62. 2. 467. — Poitiers, 7 déc. 1885, S., 86. 2. 81, D., 87. 2. 60.

soit suffisante pour produire des intérêts annuels et perpétuels au taux légal, lesquels intérêts seraient servis au débirentier et, après l'extinction de la rente, appartiendraient, avec le capital lui-même, aux héritiers du débirentier. En effet, une somme suffisante pour le payement des arrérages, suivant les termes de l'article 1978, ne peut être qu'une somme destinée uniquement au payement des arrérages et, par conséquent, une somme qui, placée en rente viagère, procurera au crédirentier les arrérages stipulés. Du reste, Pothier dit que « la somme à placer est généralement inférieure au capital de la rente, par la raison que la valeur des rentes viagères a diminué beaucoup par le temps, à mesure que la personne sur la tête de qui la rente est créée devient plus âgée et plus infirme. » Or, il est bien clair que s'il fallait placer un capital suffisant pour produire des intérêts perpétuels, égaux aux arrérages de la rente, ce capital serait ordinairement très supérieur au capital alloué en vue de la constitution de rente. Cela est décisif.

Ajoutons que le but évident de l'article 1978 est de maintenir la situation du crédirentier et de lui assurer les revenus qu'il a voulu se garantir ; or, le système contraire n'offre aucun avantage au crédirentier, il n'a d'avantage que pour les héritiers du débirentier ou les autres créanciers de celui-ci, qui, après l'extinction de la rente, retrouveront le capital intact. C'est peut-être ce qui explique la fortune de cette doctrine.

302. Dans notre opinion, on procèdera valablement à l'adjudication des biens du débirentier avec la clause que l'adjudicataire servira, outre son prix, la rente viagère [1].

On pourra également stipuler sur le prix, qui sera fixé par le feu des enchères, le prélèvement de la somme qu'une compagnie d'assurances aura demandée pour servir, en échange, la rente viagère stipulée.

303. Le débirentier peut, du reste, demander des garan-

— Massé et Vergé, V, p. 32, § 749, note 8 ; Duranton, XVIII, n. 170 ; Pont, I, n. 757 ; Aubry et Rau, IV, p. 591, § 330, note 17 ; Laurent, XXVII, n. 321.

[1] Cpr. Caen, 18 mai 1813, précité.

ties pour lui assurer les arrérages qui lui sont dus, par exemple une hypothèque [1].

En ce qui concerne les garanties, les tribunaux sont libres [2]. Ils peuvent ordonner l'achat d'une rente sur l'État [3], ou tout autre mode d'emploi [4].

Mais la somme ne peut être versée entre les mains du crédirentier [5].

303 *bis*. Le droit de saisie et vente s'applique aux rentes constituées à titre gratuit, bien que le texte ne vise que les constitutions à titre onéreux [6] ; car il ne fait que reproduire le droit commun.

β. *Conflit entre le crédirentier et d'autres créanciers.*

304. Supposons que le crédirentier fasse vendre les biens du débirentier et qu'il rencontre en face de lui d'autres créanciers du débirentier, qui viennent lui disputer le prix des biens vendus. Comment se régleront les droits respectifs des intéressés ? Une distinction doit être faite suivant que le crédirentier a une garantie ou n'en a pas.

1° Si le crédirentier a une hypothèque qui lui permette de venir en ordre utile, ou à plus forte raison un privilège, il sera prélevé, sur le produit de la vente du bien affecté à la garantie du créancier, somme suffisante pour assurer, comme il vient d'être dit tout à l'heure, le service des arrérages de la rente.

305. En admettant, avec une opinion que nous avons combattue, que le capital à placer pour le service des arrérages doive être placé à intérêts et doive ainsi être suffisant pour produire à perpétuité des intérêts égaux aux arrérages tem-

(1) Caen, 28 mai 1813, précité. — Guillouard, n. 207. — Cpr. Lyon, 28 avril 1875, D., 77. 2. 179.

(2) Cass., 5 nov. 1862, S., 63. 1. 261, D., 63. 1. 299.

(3) Cass., 5 nov, 1862, précité.

(4) Poitiers, 7 déc. 1885, précité (le crédirentier ne peut donc exiger le placement en rentes sur l'État).

(5) Cass., 5 nov. 1862, précité.—Cass. req., 3 déc. 1902 (motifs), S., 1903. 1. 125. — V. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Tr. du nantiss., des priv. et hyp.*, III, n. 1986.

(6) Trib. civ. Compiègne, 26 déc. 1901, *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 385.

poraires [1], ce capital sera, comme nous l'avons dit, souvent supérieur au capital de la constitution.

Néanmoins le crédirentier devra être colloqué pour ce capital tout entier, avec jouissance jusqu'à l'extinction de la rente.

Cela est sans difficulté si l'inscription hypothécaire prise en garantie de la rente n'indique pas le capital de la constitution.

306. Mais il en est également ainsi dans le cas contraire. Ainsi, au cas où une rente viagère de 10,000 francs a été créée moyennant un capital de 150,000 francs, et si ce dernier capital a été indiqué dans l'inscription, le crédirentier sera colloqué à son rang d'hypothèque sur la totalité du capital nécessaire pour produire 10,000 francs d'intérêts [2]. Une distinction entre ce cas et le précédent serait choquante, car on ne peut admettre que la désignation, purement superflue, du capital dans l'inscription porte préjudice au crédirentier. D'un autre côté, les énonciations de l'inscription ne sont exigées que pour indiquer aux tiers le montant de l'hypothèque ; or, par cela même que le chiffre de la rente est indiqué dans l'inscription, les tiers savent que le capital à placer pour le service de la rente devra être suffisant pour produire les intérêts égaux aux arrérages stipulés. S'il fallait, comme le soutient l'opinion contraire, que les tiers connussent par l'inscription le montant de cette somme, on serait conduit à dire que le crédirentier n'aurait aucun droit à l'hypothèque stipulée dans le cas où l'inscription indiquerait uniquement les arrérages de la rente.

307. Toujours en nous plaçant en face du système d'après lequel le capital à placer doit être suffisant pour produire des intérêts perpétuels égaux aux arrérages stipulés, nous nous trouvons en présence d'une grande difficulté dans le cas où

[1] V. *supra*, n. 301.

[2] Nimes, 11 avril 1807, S. chr. — Paris, 30 mai 1831, S., 31. 2. 198. — Paris, 10 mars 1832, S., 32. 2. 407. — Riom, 18 janv. 1844, S., 44. 2. 166, D., 51. 2. 206. — Caen, 24 janv. 1851, S., 51. 2. 495, D., 51. 2. 207. — Poitiers, 7 déc. 1885, S., 86. 2. 81, D., 87. 2. 60. — Pont, I, n. 759 ; Aubry et Rau, IV, p. 591, § 390, note 18 ; Guillouard, n. 208. — *Contra* Laurent, XXVII, n. 323.

la vente produit un capital qui serait suffisant, placé en rente viagère, pour le service des arrérages et qui est insuffisant, placé à intérêt, pour ce même capital. Supposons qu'à raison de l'âge du crédirentier, la rente stipulée de 10,000 francs exige un capital de 100,000 francs, et que cette somme soit seule fournie par les biens du débirentier (ou reste seule disponible après l'exercice de privilèges et d'hypothèques antérieurs) ; faudra-t-il dire que, conformément au système que nous venons de rappeler, cette somme sera placée à 5 pour 100 et ne produira ainsi que 5,000 francs ? Cette solution logique a été admise par quelques auteurs (1).

Une opinion plus répandue propose un tempérament à cette solution : tous les ans, le crédirentier prendra sur le capital même la somme nécessaire pour parfaire les arrérages qui lui sont dus (2). On se fonde sur ce que le capital est destiné au service des arrérages, et que, si les intérêts du capital ne suffisent pas à ce service, le crédirentier a droit au capital.

D'après certains auteurs, le service de la rente viagère doit être mis en adjudication et on doit remettre à celui qui, pour la plus faible somme, aura consenti à s'en charger, cette dernière somme (3).

D'autres pensent qu'il y a lieu de remettre au crédirentier la somme jugée nécessaire pour le service de la rente (4). Mais cela n'est évidemment possible qu'avec le consentement de toutes les parties ; les termes de l'article 1978 ne permettent pas au rentier d'exiger cette somme.

On a proposé également de laisser à l'acquéreur la somme nécessaire au service de la rente, c'est-à-dire de confier à l'acquéreur le soin de servir la rente, avec droit pour ce

(1) Troplong, *Tr. des priv. et hyp.*, IV, n. 759 *quater* ; Pont, I, n. 760 ; Laurent, XXVII, n. 324.

(2) Metz, 15 nov. 1843, S., 44. 2. 85. — Agen. 3 janv. 1844, S., 45. 2. 405. — Riom, 24 août 1863, S., 64. 2. 65, D., 63. 2. 161. — Aubry et Rau, IV, p. 592, § 390, note 19.

(3) Caen, 18 mai 1813, S. chr. — *Contra* Massé et Vergé, V, p. 32, § 749, note 8 ; Pont, I, n. 757 ; Laurent, XXVII, n. 321.

(4) Troplong, *Priv. et hypot.*, IV, n. 759-4° : Aubry et Rau, III, p. 419, § 285, note 7.

dernier de la déposer à la Caisse des dépôts et consignations (1). Dans le cas où le soin du service de la rente est confié à l'acquéreur, il devient le débiteur personnel du rentier (2).

Quelques-uns permettent, à la suite de Pothier (3), aux créanciers postérieurs d'exiger la délivrance des fonds, en se chargeant, moyennant sûretés suffisantes, du service de la rente (4).

308. 2° Si le crédirentier n'a pas d'hypothèque ni de privilège, alors il n'est pas de meilleure condition que les autres créanciers du débirentier. Comme eux il viendra donc au marc le franc, en cas d'insuffisance des biens du débiteur (5).

Ici encore certaines autorités admettent que si les intérêts fournis par le capital qui sert à la rente ne suffisent pas, le crédirentier, pour le surplus, se payera sur le capital (6).

γ. *Contrats auxquels s'applique le droit de vente.*

309. Le droit de vente accordé par l'article 1978 au rentier lui appartient aussi bien si la rente est constituée à titre gratuit que si elle est constituée à titre onéreux (7). Car il est l'application du droit commun.

III. *Obligation de supporter les risques de la chose.*

310. En cas de vente moyennant une rente viagère, les

(1) Paris, 8 août 1806, S. chr. — Duranton, XVIII, n. 170 ; Pont, I, n. 757 ; Aubry et Rau, III, p. 419, § 285 ; Laurent, XXVII, n. 321.

(2) Angers, 19 mars 1879, sous Cass., 9 août 1881, S. 83. 1. 215 (donc, si le rentier est forclos, faute de production, du privilège qu'il pouvait avoir sur l'immeuble, l'acquéreur reste obligé envers lui). — Poitiers, 15 juil. 1882, sous Cass. req., 5 février 1884, S., 86. 1. 423.

(3) N. 231.

(4) Troplong, *loc. cit.;* Pont, *loc. cit.*; Aubry et Rau, III, p. 419, § 285, note 7.

(5) Guillouard, n. 210.

(6) Cass., 22 mars 1847, S., 47. 1. 433, D., 47. 1. 236. — Grenoble, 4 déc. 1855, D., 56. 2. 278. — Trib. civ. Compiègne, 26 déc. 1901, *Gaz. Pal.*, 1902. 1. 385. — Laurent, XXVII, n. 322 ; Guillouard, n. 210.

(7) Pau, 6 août 1861, S., 62. 2. 467. — En tout cas une rente constituée en dot est, conformément à la jurisprudence relative à l'action paulienne, regardée comme étant à titre onéreux. Paris, 27 fév. 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 521.

risques de la chose vendue sont, dès la convention, à la charge de l'acheteur ou débirentier ; car tel est le droit commun.

La constitution d'une rente viagère moyennant une somme d'argent suppose le versement préalable de cette somme, puisque le contrat est réel ; les risques seront donc aussi, dès le contrat, à la charge du débirentier.

Mais en est-il de même s'il est stipulé que le versement de la somme n'aura lieu qu'ultérieurement? On admet généralement que, si le montant d'un prêt n'est pas versé immédiatement, en d'autres termes s'il y a simple promesse de prêt, les risques sont à la charge du prêteur jusqu'au versement (1). En partant de cette solution, on décidera de même que la somme aliénée en échange d'une rente viagère est jusqu'au versement aux risques du crédirentier (2) ; on n'a pu décider le contraire (3) qu'en considérant faussement comme une vente la constitution d'une rente viagère pour une somme d'argent.

SECTION VII

OBLIGATIONS DU CRÉDIRENTIER VIS-A-VIS DES TIERS

§ I. *Saisissabilité et cessibilité de la rente.*

311. « *La rente viagère ne peut être stipulée insaisissable « que lorsqu'elle a été constituée à titre gratuit* » (art. 1981). La clause qui déclarerait insaisissable une rente viagère constituée à titre onéreux, est donc prohibée (4). On conçoit que celui qui constitue une rente viagère à titre gratuit puisse la déclarer insaisissable. Le constituant pouvait ne pas faire entrer la rente dans son patrimoine ; il a bien pu ne l'y faire entrer que sous la condition qu'elle échapperait au droit de poursuite de ses créanciers. Mais on ne concevrait guère

(1) V. notre *Traité de la soc., du prêt, du dépôt*, 2e éd., n. 702.
(2) Guillouard, n. 137.
(3) Pont, I, n. 677.
(4) Bordeaux, 25 janv. 1889, *Rec. Bordeaux*, 89. 1. 137. — Trib. civ. Chambéry, 17 janv. 1889, *Rec. proc.*, 89. 66.

qu'un débiteur, qui fait l'acquisition d'une rente viagère à titre onéreux, pût, en la stipulant insaisissable, la soustraire à l'action de ses créanciers présents ou futurs. La clause ne saurait valoir à l'égard des créanciers présents, parce qu'elle a par rapport à eux le caractère d'un acte de spoliation, en ce sens qu'elle tend à leur ravir le droit de gage général qu'ils ont acquis, en contractant, sur les biens présents et futurs de leur débiteur (art. 2092). La clause ne peut pas être opposée non plus aux créanciers futurs, parce qu'une personne ne peut pas par sa propre volonté se mettre elle-même dans les liens d'une sorte d'interdiction, en se frappant de l'incapacité de contracter des obligations pleinement efficaces, c'est-à-dire des obligations exécutoires sur tous ses biens. La disposition de l'article 1981 se trouve ainsi parfaitement justifiée, et nous pouvons remarquer qu'elle n'a rien de spécial à la rente viagère : elle doit être généralisée et appliquée à tous les autres biens qui entrent dans le patrimoine du débiteur.

Cette distinction était déjà faite par Pothier ; il la fondait sur les motifs qui viennent d'être indiqués [1].

Nous parlons plus loin de l'article 581-4° du Code de procédure, qui sous-entend la condition d'insaisissabilité dans les constitutions de rente viagère faites gratuitement à titre d'aliments. Voyez aussi l'article 582 du même code. Mentionnons également l'article 8 de la loi du 20 juillet 1886, relative à la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse, aux termes duquel : « Les rentes viagères constituées par la caisse nationale des retraites sont incessibles et insaisissables jusqu'à concurrence de 360 francs. »

312. Il résulte de l'article 1981 qu'en principe le droit de saisie des créanciers existe aussi bien sur les rentes constituées à titre gratuit que sur les rentes constituées à titre onéreux [2] ; seulement, en ce qui concerne les premières, la clause contraire est permise.

313. Il va sans dire que si la prétendue donation déguise

[1] N. 252.
[2] Guillouard, n. 168 et 170.

une constitution de rente viagère à titre onéreux, la saisie et possible [1].

314. Le droit de saisie existe aussi bien pour les arrérages à échoir que pour les arrérages échus [2].

Il existe aussi bien sur la rente elle-même que sur ses arrérages [3].

315. D'après l'article 581-4° du Code de procédure, « seront insaisissables... les sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables. » Cette solution était admise déjà par Pothier [4], qui la fondait avec raison sur la volonté présumée du donateur ou testateur, une libéralité pour aliments supposant la volonté arrêtée de laisser au gratifié les ressources nécessaires à son existence, sans que ces ressources puissent être distraites par ses créanciers.

L'article 582 du Code de procédure civile apporte une exception au profit des créanciers postérieurs.

316. La personne qui, comme condition d'un contrat à titre onéreux, a stipulé à son profit une rente viagère, ne peut disposer que cette rente sera insaisissable [5].

Il ne nous paraît pas en être autrement de la rente viagère qu'une personne stipule à son profit comme condition d'une donation qu'elle fait à un tiers [6]. Car évidemment on ne peut dire que la rente lui provient d'une libéralité faite à son profit.

317. Une rente stipulée dans un contrat à titre onéreux ne peut être déclarée incessible par les parties [7]. La raison

(1) Cass., 15 janv. 1890, D., 91. 1. 30. — Guillouard, n. 170.

(2) Guillouard, n. 168.

(3) Paris, 2 janv. 1823, S. chr. — Chambéry, 8 mars 1862, S., 62. 2. 529. — Troplong, n. 345 ; Pont, I, n. 777 ; Aubry et Rau, IV, p. 587, § 388, note 23 ; Guillouard, n. 168.

(4) N. 252.

(5) Troplong, n. 345 ; Pont, I, n. 780 ; Aubry et Rau, IV, p. 587, § 388, note 21 ; Laurent, XXVII, n. 299 ; Guillouard, n. 172.

(6) Rennes, 25 juil. 1840, S., 41. 2. 422. — Amiens, 29 nov. 1876, S., 77. 2. 199. — Mêmes auteurs.

(7) Cass., 1er mars 1843, S., 43. 1. 345. — Cass., 6 janv. 1853, S. 53. 1. 619, D., 53. 1. 191. — Orléans, 6 août 1841, S., 41. 2. 575. — Trib. civ. Brive, 12 juil. 1843, D., 45. 3. 175. — Troplong, n. 348 ; Pont, I, n. 782 ; Aubry et

de décider est analogue à celle que nous avons invoquée pour la question de l'insaisissabilité ; de même qu'on ne peut par un acte de sa volonté, soustraire ses biens au gage de ses créanciers, de même on ne peut s'enlever le droit de disposer d'une valeur.

318. Un donateur ne peut stipuler l'insaisissabilité d'une rente dont il convient à son profit comme charge de la donation (1).

De même qu'un donateur ou testateur peut stipuler l'insaisissabilité de la rente viagère dont il gratifie un tiers, de même il peut stipuler son incessibilité (2). L'article 1981, en décidant que la rente peut être soustraite au gage des créanciers, décide implicitement et à plus forte raison qu'elle peut être incessible ; car si le droit de saisie, accordé aux créanciers par la loi, s'exerce indépendamment du débiteur, la cession n'a lieu qu'avec son consentement, et il est naturel qu'on puisse plus facilement enchaîner son consentement qu'on ne peut mettre obstacle aux droits des tiers. Du reste, l'insaisissabilité de la rente ne remplirait pas son but, si la cession en était permise.

En vain dit-on que le droit de disposer de ses biens, que la loi accorde à tout propriétaire, est d'ordre public ; le droit de saisie des créanciers ne l'est-il pas également ?

319. Le donataire d'une rente incessible peut-il librement disposer des arrérages échus ? On admet généralement l'affirmative, car, une fois les arrérages échus ou touchés, le gratifié peut librement les dépenser ; à plus forte raison peut-il les aliéner (3).

320. Lorsqu'une rente viagère léguée est déclarée incessible et insaisissable et que, d'après le vœu du disposant, elle

Rau, IV, p. 421, § 351, note 9 ; Laurent, XXIV, n. 467 ; Guillouard, n. 173 et *Traité de la vente*, II, n. 757.

(1) Guillouard, n. 173.

(2) Rouen, 29 janv. 1829, S. chr., D. *Rép.*, v° *Rente viagère*, n. 91. — Besançon, 14 mai 1870, D., 73. 2. 110. — Trib. civ. Bruxelles, 19 mars 1875, *Pasicr.* 75. 3. 234. — Trib. civ. Bruxelles, 19 mars 1885, sous Liège, 25 mai 1887, D., 88. 2.78. — Troplong, n. 347 ; Pont, I, n. 782 ; Guillouard, n. 173. — *Contra*, Laurent, XXVII, n. 301 et 303.

(3) Rouen, 29 janv. 1829, S. chr. — Guillouard, n. 175.

doit être servie à l'aide des arrérages d'un titre de rente sur l'État, d'un type déterminé, dont les arrérages seront remis au légataire, la conversion des rentes de cette nature en rentes produisant un intérêt inférieur a pour effet d'obliger l'héritier ou légataire universel à fournir, outre les arrérages du titre nouveau, un supplément suffisant pour procurer au rentier des arrérages égaux aux arrérages anciens [1] ; car la clause d'incessibilité ou d'insaisissabilité manifeste chez le disposant la volonté de maintenir intact le chiffre de la rente.

§ II. *Rapport et réduction.*

321. Après la déclaration contenue dans l'article 1969 que la rente viagère peut être stipulée à titre gratuit [2], l'article 1970 ajoute:

« *Dans le cas de l'article précédent, la rente viagère est* « *réductible, si elle excède ce dont il est permis de disposer*; « *elle est nulle si elle est au profit d'une personne incapable* « *de recevoir.* »

Elle est également rapportable [3].

En ce qui concerne la réduction, l'article 917 oblige les rentiers réservataires d'abandonner au crédirentier la quotité disponible ou d'exécuter la libéralité en son entier.

L'article 1973 nous a appris que la rente viagère constituée gratuitement au profit d'un tiers produit les effets des donations [4].

[1] Orléans, 4 juill. 1885, S., 87. 2. 43, D., 86.2.195. — Nancy, 24 oct. 1885, S., 86. 2. 84, D., 86. 2. 195. — Paris, 27 janv. 1888, S., 88. 2. 56, D., 88. 2., 302. — Trib. civ. Seine, 8 juin 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 2. *suppl.*, 21. — Guillouard n. 174.

[2] V. *supra*, n. 178.

[3] Guillouard, n. 126.

[4] V. *supra*, n. 199.

SECTION VIII

EXTINCTION DE LA RENTE VIAGÈRE

§ I. *Causes d'extinction.*

I. *Mort de celui sur la tête duquel la rente a été constituée.*

A. Rente constituée sur la tête du crédirentier.

322. Le mode normal d'extinction de la rente viagère est la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée. La loi n'a pas pris la peine de le dire, parce que cela est en quelque sorte de définition. Nous savons que le plus souvent la rente est constituée sur la tête du crédirentier lui-même ; alors la rente meurt avec le rentier.

Par suite, lorsque la rente est constituée sur la tête du crédirentier, elle dure jusqu'à son décès, et, en cas de prédécès du débirentier, doit être servie par les héritiers de ce dernier [1].

323. Le débirentier qui tue le crédirentier sur la tête duquel la rente était constituée ne peut profiter de cette mort : c'est sur quoi tout le monde est d'accord.

Le débirentier devra continuer à exécuter ses obligations, c'est-à-dire servir la rente viagère pendant le temps d'existence que l'âge du défunt et son état de santé permettaient de lui assigner [2].

On a prétendu que les héritiers de la victime peuvent demander la résolution du contrat par la raison que ce droit de résolution existe, en vertu de l'article **1184** du Code civil, dans tous les contrats à titre onéreux [3].

Ce raisonnement nous paraît manifestement erroné [4].

(1) Paris, 8 nov. 1892, D., 94. 2. 191 (pour la rente constituée en récompense de services rendus).

(2) Laurent, XXVII, n. 305.

(3) Poitiers, 13 nivôse an X, S. chr. — Paris, 18 janv. 1811, S. chr. — Amiens, 10 déc. 1840, S., 43. 2. 3. — Montpellier, 2 janv. 1888, D., 89. 2. 188. — Rouen, 12 nov. 1902, *Gaz. Pal.*, 1903.1. 515. — Troplong, n. 353 ; Pont, I, n. 784 ; Aubry et Rau, IV, p. 589, § 390, note 3 ; Guillouard, n. 191.

(4) Laurent, XXVII, n. 305.

D'une part si le droit de résolution existe dans tous les contrats à titre onéreux, synallagmatiques, une opinion très répandue le rejette dans les contrats unilatéraux, et le contrat de vente viagère est souvent unilatéral [1]. D'autre part et surtout, la résolution ne peut être prononcée que contre celui qui omet d'exécuter ses obligations. Or, on ne peut soutenir sérieusement que parmi les obligations du débirentier figure celle de ne pas tuer le crédirentier.

324. En admettant que le meurtre du crédirentier par le débirentier doive amener la résolution du contrat, les effets de cette résolution seront empruntés à l'article 1977 [2], car il s'agit ici, comme dans le cas où les sûretés promises n'ont pas été fournies, d'une résolution causée par la faute du débirentier.

Ainsi le débirentier doit restituer le capital sans déduction des arrérages qu'il a payés avant le décès du crédirentier [3], dans l'opinion qui admet la même solution à propos de la résolution de l'article 1977. C'est là, au reste, une solution d'équité, fondée sur l'idée que le débirentier a, pendant le même temps, profité des chances d'extinction de la rente.

S'il y a résolution, elle ne se produit que vis-à-vis du débirentier qui a commis le crime et non vis-à-vis des autres débirentiers, puisqu'elle est fondée sur une inexécution, alors que ces derniers consentent à exécuter le contrat [4].

325. Si c'est un immeuble que le crédirentier a aliéné pour avoir droit à la rente, le débirentier doit restituer cet immeuble [5].

Les aliénations et les hypothèques consenties par le débi-

(1) V. *supra*, n. 191.

(2) Guillouard, n. 192.

(3) *Contra* Montpellier, 12 juin 1888, précité. — Guillouard, n. 192. — V. *supra*, n. 271 s.

(4) Le contraire a été décidé par le motif que l'art. 1184 prononce la résolution du contrat même si l'inexécution provient d'une force majeure. Rouen, 12 nov. 1901 précité. — Cela est faux : d'une part l'art. 1184 n'a pas ce sens ; d'autre part, lorsqu'il y a plusieurs crédirentiers, on ne peut dire que le contrat est inexécuté, dès lors que certains l'exécutent.

(5) Guillouard, n. 192.

rentier disparaissent rétroactivement (1), ainsi que nous l'avons décidé à propos de l'article 1977. On a cependant soutenu le contraire par analogie entre la situation que nous prévoyons et celle de l'article 958, qui, au cas de révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, maintient les aliénations et les droits réels provenant du donataire. Mais l'article 958 est exceptionnel, alors que notre solution est fondée sur les règles générales de la résolution. Au surplus l'article 958 ne concerne que les donations et ici il s'agit d'un contrat onéreux.

326. Les solutions sont les mêmes si, la rente ayant été constituée sur la tête d'une personne étrangère au contrat, le débirentier tue cette personne.

327. Si la rente viagère est constituée à titre gratuit, le débirentier en devra également le service pendant le temps que le crédirentier ou la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée pourra être appelée à vivre.

Dans un autre système, il y aurait lieu, après avoir estimé le nombre d'années pendant lequel la rente aurait dû normalement être servie, de condamner le débirentier à payer aux héritiers un capital égal au montant totalisé des arrérages, en tenant compte toutefois de l'anticipation du payement ().

328. Si de deux crédirentiers l'un est tué par l'autre, on décide que la rente, au lieu d'être réversible, conformément à la convention, sur la tête du survivant, s'éteint (3). On fonde cette solution sur l'idée que la mort du crédirentier ne saurait profiter au meurtrier.

Elle ne repose sur rien ; en réalité l'opinion que nous venons d'indiquer fait profiter le débirentier de la mort d'un des crédirentiers, alors cependant que, la rente étant réversible en entier sur le survivant, la mort violente de l'un des crédirentiers, qui aurait pu survivre à l'autre, ne

(1) Troplong, n. 354 ; Laurent, XXVII, n. 305 ; Guillouard, n. 192. — *Contra* Pont, I, n. 784.

() Guillouard, n. 191.

(3) Cass., 9 nov. 1882, S., 84. 1. 237, D., 83. 1. 472. — Poitiers, 1er fév. 1881, S., 82. 2. 27. — Guillouard, n. 196.

fait rien perdre au débirentier et même augmente en sa faveur les chances d'une prompte extinction de la rente.

Sans doute il serait choquant de voir l'un des crédirentiers profiter de l'assassinat que le débirentier a commis ; mais, quoi qu'on dise, cet assassinat ne lui procure, dans notre opinion, aucun profit : pour avoir enlevé au patrimoine de sa victime les chances d'augmentation résultant du payement des arrérages jusqu'à son décès naturel, le débirentier sera condamné à une indemnité envers les héritiers du défunt.

Cette indemnité prendra, si le tribunal le juge utile, la forme d'une autorisation de toucher partie des arrérages ; mais, encore une fois, il est inadmissible que le débiteur profite d'un événement qui, en lui-même, lui est déjà favorable.

329. A l'époque où elle existait, la mort civile n'était pas une cause d'extinction de la rente viagère : « *La rente viagère* », dit l'article 1982, « *ne s'éteint pas par la mort civile du propriétaire : le paiement doit en être continué pendant sa vie naturelle.* »

C'était également la solution de l'ancien droit, fondée sur la volonté des parties, qui n'ont pas songé à un événement aussi exceptionnel que la mort civile (1).

Dans les pays où existe la mort civile, elle est cependant une cause d'extinction de la rente (2).

B. *Rente constituée sur la tête du débirentier ou d'un tiers.*

330. Lorsque la rente est constituée sur la tête d'un tiers, elle dure pendant toute la vie de ce tiers. Le droit à la rente peut donc, dans ce cas, survivre au crédirentier, s'il meurt le premier ; il passera alors à ses héritiers. Il en est de même si la rente est établie sur la tête du débirentier (3).

(1) Pothier, n. 256.
(2) Meves, *loc. cit.*
(3) Cass., 29 mai 1865, S., 65. 1. 324, D., 65. 1. 364. — Bordeaux, 15 fév. 1872, D., 73. 2. 16. — Pont, I, n. 688 ; Aubry et Rau, IV, p. 589, § 390, note 4 ;

Toutefois, dans ce dernier cas, nous avons dit que certains événements, notamment le suicide du débirentier, permettent au crédirentier de redemander son capital (1).

C. *Rente constituée sur plusieurs têtes.*

331. Lorsque la rente est constituée sur plusieurs têtes, les parties décident librement que la mort de l'une d'elles ne diminue pas le montant des arrérages, en d'autres termes que la rente est réversible en entier sur les survivants (2).

Le même effet se produit s'il est convenu que la rente « ne sera pas réduite au décès du prémourant » (3).

On doit même, lorsque les personnes sur la tête desquelles la rente est constituée sont des tiers et non pas les bénéficiaires de la rente, supposer que, dans l'intention des parties, la rente n'est aucunement diminuée jusqu'au décès de la dernière de ces personnes (4) ; car le but des parties, en indiquant plusieurs têtes, a été d'augmenter les chances de durée de la rente ; d'autre part, dire que A servira à B une rente de 10,000 francs jusqu'au décès de C, D et E, c'est dire que la rente ne variera pas dans sa quotité jusqu'au dernier de ces décès.

332. De même, en principe, si le contrat est muet, une rente viagère constituée au profit de plusieurs personnes reste intacte lors du décès de certaines d'entre elles et jusqu'au décès du dernier vivant (5). Cette solution se justifie, non pas, comme on l'a dit, par les travaux préparatoires, qui n'ont pas entendu la trancher (6), mais par l'intention

Laurent, XXVII, n. 304 ; Guillouard, n. 143 et 187. — Dans le même sens, *Suisse*, C. féd., art. 517.

(1) V. *supra*, n. 206.

(2) Guillouard, n. 188.

(3) Caen, 12 mars 1874, S., 74. 2. 310. — Guillouard, n. 188.

(4) Pont, I, n. 631 ; Guillouard, n. 188.

(5) Cass., 18 janv. 1830, S. chr. — Trib. civ. Lyon, 23 mai 1900, *Mon. jud. Lyon*, 9 juin 1900. — Troplong, n. 245 et 246 ; Pont, I, n. 692 et 693 ; Aubry et Rau, IV, p. 589, § 390, note 2 ; Guillouard, n. 189. — *Contra* Dijon, 22 janv. 1845, D., 45. 4. 335. — Duranton, XVIII, n. 134. — V. pour le cas de meurtre d'un crédirentier par un autre, *supra*, n. 328.

(6) On s'est fondé sur ce passage du discours de Duveyrier au Corps législatif

probable des parties ; elles ont entendu maintenir au profit du dernier rentier l'intégralité des ressources que lui procurait la rente. Cette intention est surtout probable, si la rente est constituée au profit de deux époux.

333. Au surplus, il va sans dire que la question est tranchée souverainement par le juge du fait [1].

334. S'il est convenu qu'en cas de décès de l'un des rentiers la rente sera réduite d'une quotité fixée, il est implicitement entendu que le surplus est réversible sur les survivants [2].

II. *Rachat.*

335. « *Le constituant ne peut se libérer du paiement de la* « *rente, en offrant de rembourser le capital, et en renonçant* « *à la répétition des arrérages payés ; il est tenu de servir la* « *rente pendant toute la vie de la personne ou des personnes* « *sur la tête desquelles la rente a été constituée, quelle que* « *soit la durée de la vie de ces personnes, et quelque onéreuse* « *qu'ait pu devenir le service de la rente* (art. 1979). »

Cette solution se justifie par l'idée que les conventions font loi pour les contractants (C. civ., art. 1134).

336. Le droit de résoudre le contrat n'appartient pas plus aux créanciers du débirentier qu'au débirentier lui-même ; il ne leur appartient pas notamment en cas de faillite du débiteur [3].

Nous étudions plus haut la situation du crédirentier dans le cas de faillite [4].

337. L'article 1979 s'applique aux constitutions de rente stipulées comme charge d'une disposition à titre gratuit

(Fenet, XIV, p. 563) : « On peut encore constituer la rente viagère sur plusieurs têtes, *soit pour en attribuer successivement la jouissance aux personnes sur la tête desquelles elle est constituée...* » Duveyrier prévoit ici le cas où le décès *du rentier unique* rend la rente réversible sur une autre tête.

(1) Laurent, XXVII, n. 275 ; Guillouard, n. 189.

(2) Besançon, 23 mai 1871, S., 74. 2. 310, D., 72. 2. 215. — Guillouard, n. 188. — *Contra* Paris, 19 fév. 1864, S., 65. 2. 4, D., 65. 2. 73.

(3) Troplong, n. 320 ; Pont, I, n. 768 ; Guillouard, n. 215. — Cpr. Cass., 13 mars 1888, S., 90. 1. 169.

(4) V. *supra*, n. 304 s.

aussi bien qu'aux constitutions de rente à titre onéreux [1] ; sans doute il n'est écrit que pour ces dernières ; mais il est l'application d'un principe du droit commun qui régit toutes les conventions ; d'autre part, il est de règle que le donataire ne peut, en renonçant à la donation, se soustraire aux charges qu'il a assumées [2]. Toutefois l'opinion qui, sur ce dernier point, est en sens contraire, doit permettre au donataire le rachat de la rente ; dans cette opinion, il n'y a pas lieu de faire exception pour les rentes stipulées incessibles [3]; c'est dans l'intérêt du donataire que le disposant lui interdit de céder la rente à un tiers ; si donc il est de l'intérêt du donataire de racheter la rente, le donateur ne saurait s'y opposer ; d'ailleurs le rachat n'est pas une vente.

338. En tout cas rien ne s'opposerait à ce que le droit de rachat fût conféré au débirentier par une clause formelle de la convention [4]. Cette clause était déjà reconnue valable par Pothier.

III. *Causes autres que la mort et le rachât.*

339. L'absence de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée n'est pas une cause d'extinction de la rente viagère [5] ; cependant elle produit *provisoirement* les mêmes effets que la mort, puisque le crédirentier doit justifier de l'existence de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée pour avoir le droit d'exiger les arrérages [6] ; c'est donc seulement dans le cas soit où l'absent reviendrait, soit où il serait prouvé que sa mort est postérieure à l'époque où son absence a commencé, que les arrérages seraient dus depuis cette époque jusqu'au décès.

340. Si la rente est constituée à titre gratuit, le débirentier qui, au moment du contrat, n'avait pas de descendants

(1) Guillouard, n. 216.
(2) V. Baudry-Lacantinerie et Colin, *Tr. des don.*, I, n. 1351.
(3) *Contra*, Liège, 25 mai 1887, D., 88. 2. 78.
(4) Troplong, n. 324 ; Pont, I, n. 770; Aubry et Rau, IV, p. 593, § 390, note 25; Laurent, XXVII, n. 293 ; Guillouard. n. 215.
(5) Meves, *loc. cit.*
(6) V. *infra*, n. 349 s.

et auquel il en est survenu depuis, peut révoquer la convention (C. civ., 960).

La constitution de rente à titre gratuit peut être également révoquée pour cause d'ingratitude (C. civ., 955).

341. Nous avons déjà étudié la résolution du contrat pour cause d'inexécution des obligations du crédirentier.

342. La rente viagère peut s'éteindre par la prescription. Nous disons *la rente*, c'est-à-dire la dette dont les arrérages sont les intérêts et une fraction du capital. Les arrérages eux-mêmes se prescrivent, mais par un délai beaucoup plus court. En d'autres termes, il y a ici deux prescriptions distinctes à considérer : 1° la prescription de la rente, c'est-à-dire du droit en vertu duquel le créancier peut réclamer les arrérages (1) ; 2° la prescription des arrérages eux-mêmes. Cette dernière s'accomplit par cinq ans à dater du jour de chaque échéance (art. 2277) (2). Pour la première, le délai est de trente années, la loi n'ayant pas fixé un terme plus court (3) (art. 2262); du reste, cela résulte de l'article 2263, qui autorise le créancier d'une rente à exiger un titre nouvel après vingt-huit ans; c'était aussi la solution de Pothier (4). Les trente ans courent à dater du jour de la constitution, si le crédirentier n'a touché aucuns arrérages (5), car l'article 2263 décide que les vingt-huit ans dont nous venons de parler courent « de la date du dernier titre ». Dans le cas contraire les trente ans courent du dernier paiement, sauf si la prescription a été interrompue ou suspendue (6).

(1) V. les autorités citées *infra*, note 3. — *Contra* Metz, 28 avril 1819, S. chr. — Lyon, 5 avril 1824, S. chr.

(2) Guillouard, n. 217.

(3) Toulouse, 21 janv. 1828, S. chr. — Paris, 21 mars 1902, *Droit*, 6 avril 1902. — Troplong, *Tr. de la presc.*, I, n. 182 ; Leroux de Bretagne, *Tr. de la presc.*, n. 200 ; Pont, I, n. 787 ; Aubry et Rau, IV, p. 593, § 390, note 27 ; Laurent, XXVII, n. 217.

(4) N. 259.

(5) Paris, 21 mars 1902, précité. — Leroux de Bretagne, Pont, Aubry et Rau, Laurent, Guillouard, *loc. cit.*

(6) Paris, 21 mars 1902, précité. — Mêmes auteurs. — Le fait par le nu propriétaire de faire renouveler le titre de rente sur l'État qui garantit la rente n'interrompt pas la prescription. Même arrêt.

343. Mentionnons encore comme causes exceptionnelles d'extinction de la rente viagère, la novation, le rachat effectué avec le consentement du crédirentier ou en exécution d'une clause du contrat[1], la renonciation du créancier à son droit, opérée sous forme de remise au profit du débirentier, enfin la confusion. Sur ces divers points, il y a lieu d'appliquer le droit commun.

§ II. *Effets de l'extinction.*

344. Les arrérages d'une rente viagère sont des fruits civils; à ce titre la loi leur applique la règle de l'acquisition jour par jour (art. 586). Lors de l'extinction de la rente, on règlera donc le compte du crédirentier d'après le nombre des jours écoulés. C'est ce que dit l'article 1980, qui suppose, parce que c'est le cas le plus fréquent, que la rente est constituée sur la tête du crédirentier : « *La rente via-* « *gère n'est acquise au propriétaire que dans la proportion* « *du nombre de jours qu'il a vécu.* »

345. Le jour où le contrat a été passé *(dies a quo)* ne compte pas dans le nombre des jours pendant lesquels la rente viagère court [2] ; car au moment où elle commence à courir, ce jour est déjà commencé.

Il en est de même du jour où meurt le crédirentier [3], car les arrérages se comptent jour par jour et ne peuvent être acquis pour un jour inachevé.

346. L'article 1980 porte : « *Néanmoins s'il a été convenu* « *qu'elle* [la rente] *serait payée d'avance, le terme qui a dû* « *être payé est acquis du jour où le paiement a dû en être* « *fait.* »

L'opinion de Pothier était, au contraire que, dans cette hypothèse encore, les arrérages couraient jour par jour et qu'en cas d'extinction de la rente, le débiteur pouvait répéter les sommes payées d'avance et applicables à la période

(1) V. *supra*, n. 335.

(2) Proudhon, *Tr. de l'usufr.*, II, n. 910; Pont, I, n. 773; Aubry et Rau, IV, p. 587, § 389, note 1; Guillouard, n. 182.

(3) Mêmes auteurs.

pendant laquelle la rente avait cessé d'exister [1]. A l'objection tirée de ce que, le payement devant avoir lieu d'avance, les parties avaient manifesté l'intention de le considérer comme acquis au crédirentier, Pothier répondait qu'avancer une somme c'est la payer avant qu'elle soit due.

Le Code civil, en adoptant la solution contraire, paraît s'être basé simplement sur une interprétation de la volonté des parties [2], et cette interprétation est approuvée par certains auteurs [3].

347. Si le crédirentier meurt *le jour même où commence le nouveau terme*, le terme à échoir, stipulé payable d'avance, est acquis à ses héritiers [4]. En effet, c'est à partir de ce jour que « le payement a dû être fait » suivant les termes de l'article 1980. On a objecté que le payement ne peut être poursuivi que le lendemain du jour où une dette doit être payée ; mais, outre que cette objection méconnaît les termes formels de l'article 1980, elle commet une confusion entre le droit, que seul il faut considérer et qui existe dès le premier jour du nouveau terme, et l'exercice de ce droit.

348. L'extinction produit encore, en cas de résolution ou de mort violente, certains effets au point de vue de la restitution du capital aliéné [5], mais en dehors de ces hypothèses il va sans dire que le débirentier, dégagé du payement des arrérages, n'a pas à restituer le capital.

§ III. *Preuve de l'extinction.*

349. Par application du droit commun (C. civ., 1315), c'est au débirentier qu'il appartient de prouver l'extinction de la rente, notamment par la prescription.

(1) N. 248.
(2) Discours de Duveyrier au Corps législatif, Fenet, XIV, p. 566.
(3) Guillouard, n. 184.
(4) Trib. civ. Marmande, 2 déc. 1857, D., 57. 5. 281. — Trib. civ. Nancy, 12 mai 1873, D., 74. 5. 426. — Pont, I, n. 775 ; Aubry et Rau, IV, p. 587 et 588, § 889, note 1 (qui avaient soutenu l'opinion contraire dans leur 3e édition) ; Guillouard, n. 184. — *Contra* Troplong, n. 336.
(5) V. *supra*, n. 206, 271 s.

Toutefois, ce n'est pas à lui qu'il appartient d'établir l'extinction par le décès de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée. En effet, les arrérages n'étant dus que pendant la vie de cette personne, son existence est une des conditions de l'exigibilité des arrérages, et elle doit être démontrée, en conséquence, par le demandeur.

L'article 1983 porte en ce sens : « *Le propriétaire d'une « rente viagère n'en peut demander les arrérages qu'en jus- « tifiant de son existence, ou de celle de la personne sur la « tête de laquelle elle a été constituée.* »

350. C'est le droit commun aussi qui devrait, dans le silence de la loi, être appliqué en ce qui concerne les modes de preuve. Le plus usité consiste dans la production d'un certificat de vie. Un décret du 6 mars 1791 dispose que les certificats de vie seront délivrés gratuitement par le président du tribunal ou les juges délégués pour en remplir les fonctions et par le maire du chef-lieu de l'arrondissement pour les citoyens domiciliés dans la commune (Décr. 6 mars 1791, art. 11).

Les notaires peuvent également rédiger et délivrer des certificats de vie en brevet (L. 25 ventôse an XI, art. 20).

Enfin, s'il s'agit de rentes viagères dues par l'État, les notaires seuls peuvent délivrer les certificats de vie (Décr. 21 août et 23 sept. 1806; Ord. 6 juin 1839).

En dehors du certificat de vie, l'existence du crédirentier peut être prouvée par tous les modes du droit commun [1].

On décide que le crédirentier n'a aucune preuve à apporter si la rente constituée sur sa tête est portable et si son existence est connue du débirentier [2]. A notre avis, cette dernière circonstance suffit à elle seule pour que la preuve soit inutile [3] ; quant à la première, elle est insignifiante.

351. Les héritiers du crédirentier peuvent se faire payer

[1] Cass., 18 juin 1817, S. chr. — Cass., 19 août 1824, S. chr. — Paris, 17 janv. 1840, S., 40.2.53. — Guillouard, n. 185.

[2] Cass., 9 juin 1869, S., 69.1.405, D., 70.1.82. — Guillouard, n. 185.

[3] C'est peut-être ce qu'admet l'arrêt précité, dont le sens n'est pas clair. V. en tout cas, en ce sens, dans le cas même d'une rente quérable, Trib. civ. Nantes, 13 déc. 1900, *Mon. jud. Lyon*, 26 janv. 1901.

les arrérages échus en produisant le certificat du décès du crédirentier ou de la personne sur la tête de laquelle la rente était consentie (1).

SECTION IX

DU BAIL A NOURRITURE

352. On ne saurait voir une constitution de rente viagère dans le bail à nourriture, c'est-à-dire l'aliénation d'un fonds ou d'un capital, faite à la charge par l'acquéreur d'entretenir l'aliénateur et de le soigner tant en santé qu'en maladie (2). L'acquéreur, dans ce cas, contracte une obligation de *faire*, comme contre-valeur du bien qu'il reçoit; or la rente viagère suppose une obligation de payer des arrérages consistant en argent ou en denrées, donc une obligation de *donner*. En pratique, le bail à nourriture est souvent fait moyennant une somme payable périodiquement par celui qui doit être nourri et entretenu ; ce mode de prestation ne se conçoit guère dans la rente viagère.

353. On rencontre dans l'ancien droit le bail à nourriture des mineurs, par lequel les plus proches parents des mineurs étaient obligés de payer leur nourriture (3).

354. Les cas les plus fréquents de bail à nourriture sont ceux soit où une personne que son âge ou ses infirmités rendent incapable de veiller à ses affaires, stipule de tierces personnes son logement, sa nourriture ou son entretien moyennant une somme d'argent immédiatement payée ou moyennant un loyer périodique, soit où on place chez un tiers, dans les mêmes conditions, un aliéné, un enfant, un apprenti, une personne à qui il s'agit de donner de l'instruction ou de l'éducation.

354 *bis*. Le bail à nourriture est essentiellement à titre onéreux (4), sauf si le prix est inférieur ou supérieur à la

(1) Guillouard, n. 185.
(2) Guillouard, n. 176, et les autorités citées *infra*, n. 357.
(3) Denisart, v° *Bail de la nourriture*, §§ 1 et 3.
(4) V. les décisions citées *infra*, p. 170, note 3. — Trib. civ. Yvetot, 27 nov. 1868,

valeur probable des prestations données en retour [1].

355. On a dit que le bail à nourriture est nécessairement aléatoire [2]. Cela n'est pas exact: il est aléatoire si le prix en est fixé immédiatement et quel que soit le nombre d'années pendant lequel durera le bail [3]; il est commutatif dans le cas contraire, qui est plus usuel; car, dans ce dernier cas, la prestation de chacune des parties correspond à la prestation de l'autre. La durée seule du contrat est aléatoire. On objecte à tort que la valeur de l'entretien du preneur peut varier; ces variations sont nécessairement insignifiantes.

Les règles du bail à nourriture varient souvent suivant que le prix est établi de l'une ou de l'autre de ces deux manières.

Dans le second cas, le contrat est un prêt ou une vente ordinaire. Il ne donne lieu à aucune observation spéciale.

Dans le premier cas, il obéit à celles des règles de la rente viagère qui dérivent nécessairement du caractère aléatoire de cette dernière convention, mais non pas aux solutions arbitrairement données par la loi.

356. Ainsi le taux du bail à nourriture comme celui de la rente viagère peut être librement fixé [4].

De même, si en échange de la nourriture un immeuble est aliéné, l'acte n'est pas rescindable pour cause de lésion [5]; la raison est la même qu'en matière de rente viagère. On a ajouté que l'acte est un bail et non pas une vente [6]. Cela ne nous paraît pas exact.

L'acte peut, comme la constitution de rente et suivant les circonstances, être annulé pour défaut de prix [7].

D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Hospices*, n. 143. — Lalou, *Tr. du bail à nourriture*, p. 152 s. — V. cep. Rennes, 31 déc. 1883, S., 85. 2. 184, D., 84.2.130.

(1) Paris, 29 nov. 1900, *Gaz. Trib.*, 21 mars 1901.

(2) Guillouard, n. 176; Troplong, n. 230 et 314; Lalou, *op. cit.*, p. 204.

(3) Trib. civ. Seine, 2 mars 1898, D., 1901. 2. 145. — Trib. civ. Toulouse, 22 janv. 1901. D., 1901.2.145.

(4) Guillouard, n. 176.

(5) Cass., 16 avril 1822, S. chr. — Guillouard, n. 176.

(6) Guillouard, *loc. cit.*

(7) Guillouard, n. 176.

357. Mais l'article 1975 n'est pas applicable au bail à nourriture [1] ; le bail à nourriture est régi par le droit commun. Il est vrai que l'article 1975 est fondé, suivant nous, sur le défaut de cause, c'est-à-dire sur le droit commun ; mais les conditions auxquelles il soumet l'application de ce droit commun sont arbitraires et empêchent qu'il ne soit étendu à des contrats autres que la constitution de rente viagère.

Au contraire, l'article 1974, qui est l'application du droit commun, s'applique au bail à nourriture.

358. L'article 1978, qui constitue une exception aux principes de la résolution pour cause d'inexécution des conditions, ne peut être appliqué au bail à nourriture [2]. La solution contraire a un grand inconvénient, c'est de substituer au débiteur de la nourriture un tiers, alors que le contrat est fondé sur des liens personnels.

Il y a donc lieu simplement, en cas d'inexécution des conditions, à la résolution du bail [3].

SECTION X

RÉTROACTIVITÉ DES LOIS

359. Comme en toute autre matière, les textes relatifs aux rentes viagères n'ont pas d'effet rétroactif ; ils ne s'appliquent qu'aux contrats postérieurs à leur promulgation.

Ainsi l'article 1978 n'est pas applicable aux constitutions de rentes antérieures au Code civil, faites sous l'empire d'une législation qui admettait la résolution de la convention pour défaut de paiement des arrérages [4].

(1) Cologne, 17 mars 1843, *Belg. jud.*, 43. 1074. — Liège, 25 juin 1846, *Pasicr.*, 49. 158. — Cass. Belg., 16 juin 1847, *Belg. jud.*, 47. 1. 157. — Bordeaux, 13 août 1862, *Rec. Bordeaux*, 62. 507. — Rennes, 21 mai 1883, S., 85. 2. 184, D., 84. 2. 130. — Trib. civ. Bar-le-Duc, 6 juil. 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 2. 261. — Laurent, XXVII, n. 263 ; Huc, XI, n. 348. — *Contra* Caen, 11 juin 1902, *Rec. Caen*, 1902. 182. — Trib. civ. Seine, 2 mars 1898, D., 1901. 2. 145. — Guillouard, n. 178 ; Planiol, II, n. 2136.

(2) Bordeaux, 1er août 1834, D. *Rép.*, v° *Rente viagère*, n. 142. — Troplong, n. 314 ; Laurent, XXVIII, n. 263 ; Guillouard, n. 177.

(3) Guillouard, *loc. cit.*

(4) V. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Tr. des personnes*, I, n. 160.

SECTION XI

DROIT INTERNATIONAL

360. Les questions de droit international relatives aux rentes viagères sont peu pratiques : aucune décision n'a été rendue pour les résoudre.

Conformément aux principes, les questions de forme sont régies par la loi du lieu où l'acte est passé : l'article 1969 (en tant qu'il soustrait aux formes des donations les rentes constituées au profit des tiers) et l'article 1973 alinéa 2 obéissent à ce principe (1).

La question de savoir si la rente peut être constituée sur la tête d'un tiers ne peut guère se poser en droit international, toutes les législations admettant l'affirmative. Si la question se posait, elle se réglerait, comme toutes les conditions intrinsèques de la validité des contrats, par la loi du lieu dans lequel la convention a été passée ou, si les parties appartiennent à la même nationalité, par leur loi nationale (2).

Les articles 1974 et 1975 règlent une question de cause ; nous donnerons pour eux la même solution (3).

En ce qui concerne la liberté des parties pour la fixation du taux de la rente, il faut appliquer les mêmes principes qu'en matière de prêt (4).

Les causes d'extinction sont régies, comme toutes les suites du contrat, par la loi du lieu où le contrat est passé, et, si les parties apppartiennent à la même nationalité, par leur loi nationale (5).

(1) Albéric Rolin, *Princ. de dr. int. privé*, III, n. 1373.

(2) V. cep. Rolin, *loc. cit.*, d'après lequel cette clause, pour être valable, doit être admise par la loi nationale de chaque partie et par la loi du lieu d'exécution.

(3) V. cep. Brocher, *Cours de dr. int. privé*, II, p. 270, qui applique la loi de la situation des biens, et Rolin, III, n. 1374, qui applique la loi nationale des parties.

(4) V. notre *Tr. de la soc., du prêt, du dépôt*, 2e éd., n. 936 s.

(5) V. cep. Rolin, III, n. 1376 (il applique la loi du domicile du rentier).

DU MANDAT

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION ET CARACTÈRES DU MANDAT. ACTES QUI CONSTITUENT DES MANDATS

SECTION PREMIÈRE

DÉFINITION DU MANDAT

361. Le mot *mandat* vient de *manum dare,* parce qu'anciennement le mandataire donnait la main au mandant en témoignage de la fidélité qu'il lui promettait.

Le mandat est un contrat par lequel une partie donne à l'autre, qui l'accepte, le pouvoir de la représenter pour l'accomplissement d'un ou plusieurs actes juridiques (1). Celui qui donne le pouvoir s'appelle *mandant*; celui qui le reçoit, *mandataire*.

Le mot *mandat* se prend aussi pour désigner le pouvoir que le mandant confère au mandataire ; il est alors synonyme de *procuration*. Cette dernière expression s'emploie également pour désigner l'acte écrit constatant le pouvoir.

Cela posé, la définition que nous trouvons dans l'article 1984 alinéa 1er convient beaucoup mieux à la procuration qu'au mandat (2) : « *Le mandat ou procuration est un* « *acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir* « *de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.* »

D'autre part l'article 1984 a tort de paraître impliquer que

(1) V. *infra*, n. 363.

(2) Pont, *Tr. des petits contrats*, I, n. 798, et *Rev. de dr. franç. et étr.*, V, 1848, p. 49 ; Aubry et Rau, IV, p. 634, § 410, note 2; Laurent, XXVII, n. 332 ; Guillouard, *Tr. du mandat*, n. 7.

le mandataire agit nécessairement au nom du mandant [1]. Comme nous le montrerons, il existe des mandataires qui agissent en leur propre nom [2].

362. En droit romain la définition de l'article 1984 n'aurait pas convenu au mandat. L'idée de mandat n'y appelait pas l'idée de représentation, et le mandat, dans ce droit, tel que l'entendent les jurisconsultes, se distingue du louage d'ouvrage simplement en ce que le *service rendu est gratuit (opera loco beneficii præstatur)* [3]. Il peut donc être défini : le contrat par lequel une personne s'engage à faire gratuitement un acte pour une autre personne. C'est ainsi que Gaius regarde comme des mandataires le tailleur ou le dégraisseur qui ne réclament aucun salaire pour leur travail. Le mandat ne pouvait désigner la représentation d'une personne par une autre, parce que cette représentation avait été interdite jusqu'à une époque très avancée.

Et on fondait cette définition sur l'idée que le mandat a sa base dans l'amitié [4].

On en arriva néanmoins à admettre que le mandataire pouvait recevoir des honoraires (*honor*), qui ne modifiaient pas le caractère du contrat et constituaient simplement la manifestation de la reconnaissance du mandant [5].

La définition de Pothier était visiblement empruntée au droit romain : « Le contrat de mandat, disait-il, est un contrat par lequel l'un des contractants confie la gestion d'une ou de plusieurs affaires, pour les faire en sa place et à ses risques, à l'autre contractant, qui s'en charge gratuitement, et s'oblige à lui en rendre compte [6]. »

Cette définition, comme on le voit, est muette sur la représentation du mandant par le mandataire. Elle n'est donc plus vraie aujourd'hui [7].

(1) Guillouard, n. 7.
(2) V. *infra*, n. 513.
(3) Gaius, *Comment.*, III, § 162 ; Ulpien, l. 1, pr., D., *Si mensor.*, 11. 6. — V. aussi, l. 4, § 4, D., *Mand. vel contra*, 17. 1.
(4) L. 4, § 4, D., *Mand. vel contra*, 17. 1.
(5) L. 6, pr., D., *Mand.*, 17. 1.
(6) *Du contr. de mandat*, n. 1. — V. aussi Argou, liv. III. ch. 37, II, p. 348.
(7) V. cep. Guillouard, n. 1.

Ailleurs (1) Pothier, après avoir rappelé que le mandat est gratuit, ajoutait : « Autrement le contrat n'est pas un contrat de mandat ; il est une autre espèce de contrat ; c'est un contrat de louage. »

363. L'article 1984 nous représente le mandat comme conférant au mandataire le *pouvoir de faire quelque chose pour le mandant*, c'est-à-dire de le représenter. C'est dans cette mission de représenter le mandant qu'est le trait caractéristique du mandat, celui qui permet de le distinguer sûrement de plusieurs autres contrats avec lesquels il présente plus ou moins d'analogie (2). Le mandataire agit et parle pour le compte du mandant, il n'est que son organe ; de sorte que, l'acte une fois accompli par le mandataire, la situation est la même que si le mandant l'avait accompli lui-même. Le mandant devient ordinairement créancier et débiteur par le fait du mandataire, qui, en général, ne s'oblige pas vis-à-vis des tiers et n'oblige pas les tiers vis-à-vis de lui ; mais ces dernières solutions n'ont rien d'essentiel au mandat, puisqu'elles disparaissent dans le prête-nom et la commission (3).

Certains auteurs distinguent le mandat non seulement par la représentation, mais encore par la révocabilité (4). Cela est inexact, puisque le mandat peut être irrévocable.

En Allemagne on considère encore aujourd'hui, à l'exemple du droit romain, comme un mandat toute mission donnée à un tiers de faire quelque chose, par exemple de construire une maison ou de coudre des vêtements.

Cependant on s'écarte à un certain point de vue de la conception romaine ; on reconnaît que, comme le louage d'ouvrage, le mandat peut être salarié ; la seule différence essentielle qu'on admette entre le mandat et le louage d'ouvrage est la révocabilité du premier (5).

(1) V. n. 22.

(2) Nîmes, 3 nov. 1894, *Mon. jud. Midi*, 2 déc. 1894. — Trib. civ. Bruxelles, 18 nov. 1896, D., 97. 3. 71. — Troplong, *Tr. du louage*, II, n. 791 s. ; Championnière et Rigaud, *Tr. d'enreg.*, II, n. 1479 s. ; Pont, *Rev. dr. franç. et étr.*, V, 1848, p. 53 ; Labbé, *Note*, S., 93. 1. 497.

(3) V. *infra*, n. 513.

(4) Bastiné, *Tr. de dr. fiscal*, I, n. 528.

(5) Eck, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Mandat* ; Seuffert, *Archiv*, III, p. 49. — Le code civil du royaume de Saxe (§§ 1295 et 1299) faisait consister la différence,

Toutefois diverses législations allemandes admettaient, ainsi que le droit français, que le mandat suppose comme condition essentielle la représentation de la personne du mandant par celle du mandataire (1).

L'inconvénient de la conception du droit français, c'est qu'elle est impuissante à classer la promesse gratuite de services : ce n'est ni un louage d'ouvrage, puisqu'elle est gratuite, ni un mandat, puisqu'elle n'emporte pas représentation de la personne, ni une donation, puisqu'il serait contradictoire de la traiter, à ce point de vue, autrement que le mandat.

Dans la conception romaine et allemande, la promesse gratuite de services est un mandat (2).

D'autre part la conception française fait naître, comme nous allons le voir, de très grandes difficultés sur la nature juridique des services rendus par diverses catégories de personnes : notaires, avocats, médecins, etc.

Il faut ajouter que la conception du droit français dénature la volonté des parties ; le mandat étant gratuit par sa nature, on arrive à priver de salaire des personnes qui devraient être censées agir dans un intérêt pécuniaire et à présumer la gratuité du contrat, contrairement au principe général que les libéralités ne se présument pas, et contrairement aussi aux usages sociaux de nos jours.

SECTION II

CARACTÈRE DU MANDAT

364. Le mandat présente les caractères suivants :

1° C'est un contrat ; il n'est donc obligatoire qu'une fois accepté (3).

dans la gratuité du mandat, tout en disant que cette gratuité n'a rien d'essentiel. — V. aussi C. civ. allemand, art. 662.

(1) Prusse, *C. gén.*, I, XIII, §§ 5 et 11, I, XI, §§ 869 et 870. — Autriche, *C. civ.*, § 1004.

(2) Eck, *loc. cit.*

(3) V. *infra*, n. 493.

2° Ce contrat est consensuel et échappe par conséquent à toutes formes (1).

3° Il est à titre gratuit (2). Cependant cela n'est pas de l'essence du mandat (3).

365. Le mandat appartient à la classe des contrats dits *synallagmatiques imparfaits* (4). En effet, dès l'origine, il n'engendre qu'une seule obligation, celle que contracte le mandataire d'exécuter la mission dont il se charge et de rendre compte au mandant. Celui-ci ne *s'oblige* à rien pour le moment : il pourra bien se trouver obligé plus tard, mais seulement par suite de faits postérieurs, relatifs à l'exécution du contrat, par exemple si le mandataire fait des avances. De sorte que, si l'obligation du mandant prend naissance à l'occasion du contrat, elle ne naît pas du contrat lui-même : le mandant ne *s'oblige* pas en contractant, et par suite le mandat ne rentre pas dans la définition que l'article **1102** donne des contrats synallagmatiques.

Certains auteurs critiquent l'appellation de contrat synallagmatique imparfait et disent que le mandat est unilatéral (5), d'autres que le contrat est synallagmatique (6). La controverse n'a pas de sens, dès lors qu'elle porte seulement sur les termes.

Le mandat devient-il un contrat synallagmatique parfait quand il est salarié ? On tient généralement pour la négative (7). En promettant un salaire, dit-on, le mandant ne s'oblige pas, parce qu'il dépend de lui de n'être pas lié par cette promesse : il lui suffit pour cela de révoquer le mandat. L'obligation de payer le salaire résulte ainsi non du contrat lui-même, mais d'un fait postérieur que la volonté du mandant peut empêcher de se produire, de l'exécution du mandat. Or il n'y a de synallagmatiques que les contrats qui, au mo-

(1) V. *infra*, n. 463 s.
(2) V. *infra*, n. 726 s.
(3) V. *infra*, n. 726 s.
(4) Troplong, *Tr. du mandat*, n. 11 ; Pont, I, n. 801.
(5) Guillouard, n. 10.
(6) Larombière, *Th. et prat. des oblig.*, art. 1102-1106, n. 2.
(7) Trib. civ. Seine, 5 déc. 1894, *Droit*, 10 sept. 1895. — Pont, I, n. 882 Guillouard, n. 14 et 37.

ment où ils se forment, obligent les deux parties, ou, comme le dit en d'autres termes l'article 1102, que ceux par lesquels les parties s'OBLIGENT *réciproquement*. — Mais à ce compte le mandataire lui-même ne s'obligerait pas par le contrat; car il dépend de lui de se soustraire à l'obligation d'exécuter le mandat en y renonçant (art. 2007 al. 1), comme il dépend du mandant de se soustraire à l'obligation de payer le salaire en révoquant le mandat. Nous aurions donc un contrat dans lequel aucune des parties ne serait obligée ! La vérité est que les deux parties s'obligent et qu'elles s'obligent de la même manière. Le mandataire s'engage à exécuter le mandat, et il n'est pas vrai de dire que c'est là une obligation à laquelle il peut se soustraire par le seul effet de sa volonté en renonçant au mandat : car son droit de renonciation souffre des limitations importantes; notamment il ne peut pas renoncer intempestivement (art. 2007 al. 2). De même le mandant s'oblige à payer le salaire promis, et on prétend à tort qu'il peut rompre ce lien par sa seule volonté ; en effet, en révoquant le mandat sans justes motifs, il se rend passible de dommages et intérêts envers le mandataire. Les deux parties *s'obligent* donc par le contrat, ce qui le rend synallagmatique (1). Nous déduirons de là une conséquence importante en parlant de la forme du mandat (2).

On considère comme une objection déterminante l'idée que, malgré le salaire, le mandataire est désintéressé (3) ; cela est insignifiant.

Dans l'ancien droit, certains auteurs paraissent admettre que le mandat donne lieu à deux obligations réciproques (4).

SECTION III

DISTINCTION ENTRE LE MANDAT ET LES AUTRES ACTES JURIDIQUES

366. Le trait essentiel du mandat étant que le mandataire représente le mandant, c'est dans ce caractère que réside, en

(1) Laurent, XXVII, n. 340.

(2) V. *infra*, n. 476.

(3) Guillouard, n. 14. — Du reste cet auteur paraît se contredire en admettant que le salaire peut être l'équivalent du service rendu.

(4) Argou, liv. III, ch. 37, II, p. 351.

général, le *criterium* permettant de distinguer le mandat des autres contrats. C'est ce que nous allons montrer en passant en revue un certain nombre de conventions.

§ I. *Distinction entre le mandat et la vente.*

367. La différence caractéristique entre la vente et le mandat est que l'acquéreur devient propriétaire immédiatement de l'objet vendu, tandis que le mandataire ne fait que représenter le mandant et doit lui rendre compte des opérations qu'il fait pour lui.

Ainsi l'acte par lequel un créancier charge un tiers de recouvrer sa créance moyennant l'abandon d'une fraction de cette créance est un mandat, même s'il est qualifié de vente (1) ; cette qualification est donnée souvent pour empêcher que les tribunaux ne réduisent le salaire (2).

Mais souvent le mandat est déguisé sous la forme d'une vente ; c'est ce qui arrive quand un acquéreur de biens, se proposant de les revendre en détail, veut opérer ces ventes au nom de son vendeur, afin de n'avoir pas à payer sur le même immeuble deux droits successifs de vente (3).

368. La vente à condition n'est pas un mandat si le prix en est fixé définitivement et moyennant une commission allouée à l'acquéreur, prétendu mandataire (4).

Ce n'est pas non plus un dépôt (5).

369. Le contrat que les Romains appelaient *æstimatum* et par lequel une personne, à qui une chose est remise pour être vendue, s'engage à rendre la chose elle-même ou son prix suivant une estimation convenue, est un mandat (6). Si le droit romain n'y voyait pas un mandat, mais un contrat

(1) Cass., 7 fév. 1855, S., 55. 1. 527, D., 55. 1. 206.—Cass., 18 avril 1855, S., 55. 1. 527, D., 55. 1. 206.—Cass., 12 janv. 1863, S., 63. 1. 249, D., 63. 1. 302. — Cass., 28 fév. 1877, S., 78. 1. 467, D., 78. 1. 78. — Guillouard, n. 26.

(2) V. *infra*, n. 736 s.

(3) Cass., 11 déc. 1855, S., 56. 1. 542, D., 56. 1. 305. — Guillouard, n. 26.

(4) Toulouse, 9 juin 1891, D., 94. 2. 138 (donc le détournement n'est pas un abus de confiance).— Douai, 28 fév. 1905, *Rec. Douai*, 1905.193 (*id*).

(5) V. notre *Tr. de la soc., du prêt, du dépôt*, 2e éd., n. 1015.

(6) Roux, *Note*, *Pand. franç.*, 94. 1. 81.— En Allemagne, on y voit un contrat innommé. Regelsberger, *loc. cit. infra*.

innommé, c'est que le mandat y était essentiellement gratuit.

Ainsi le contrat par lequel un bijoutier ou tout autre négociant se fait remettre par un marchand des marchandises pour y choisir les objets qui conviendront à ses clients, et en s'engageant à rendre ceux qu'il ne gardera pas et à payer les autres, est un mandat (1) ; ce n'est ni une vente à condition, ni un prêt à usage (2) ; ce n'est pas une vente à condition, parce que le bijoutier sert seulement d'intermédiaire, que, de plus, la vente dépendrait exclusivement de la volonté de l'acheteur et serait par conséquent nulle comme faite sous condition potestative ; ce n'est pas un prêt à usage, d'abord parce qu'une partie seulement des objets doit être restituée, ensuite parce que l'intermédiaire entend non se servir des choses, mais les estimer et en vendre quelques-unes. Ce n'est pas enfin un contrat innommé (3), puisqu'il remplit les conditions que réunit le mandat.

Cependant c'est une vente si en fait les parties y ont vu un moyen de procurer des fonds au mandant, qui gardera le prix des marchandises (4).

On doit faire rentrer dans l'*æstimatum* un contrat assez connu, la *vente à condition*, que des marchands en gros ou des éditeurs passent avec des marchands en détail ou des libraires et par lequel ceux-ci s'engagent à garder, moyennant un prix déterminé, les objets qui leur sont confiés ou à les renvoyer (5).

L'*æstimatum* peut avoir pour objet des immeubles aussi bien que des meubles. En droit romain, il ne pouvait porter que sur des meubles (6).

(1) Cass. crim., 3 déc. 1892, D., 93. 1. 265 (qui en conclut que si le bijoutier détourne les objets il commet un abus de confiance). — Cass. crim., 21 avril 1898, D., 98. 1. 433 (*id*). — M. B., *Note*, D., 93. 1. 265 ; Roux, *Note*, *Pand. franç.*, 94. 1. 81.

(2) V. cep. sur ce dernier point Chambéry, 21 juill. 1892, cassé par l'arrêt du 3 déc. 1892, précité.

(3) V. cep. Accarias, *Rapport* sous Cass. crim., 3 déc. 1892. précité.

(4) Paris, 3 janv. 1894, *Mon. jud. Lyon*, 9 avril 1894.

(5) R. Koch, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Sortimentsbuchhandel*.

(6) En Allemagne, il ne peut avoir pour objet que des meubles. Regelsberger, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Trœdelvertrag*. Cette solution était expressé-

370. Le *contrat d'émission,* par lequel une personne (banquier, société de crédit) s'oblige à servir d'intermédiaire entre une société ou toute autre personne morale, désireuse de placer les titres qu'elle crée, et le public, est un mandat si l'intermédiaire agit au nom de l'emprunteur et se contente de lui prêter ses guichets (1). En tous cas ce n'est pas une vente (2).

L'intermédiaire est un commissionnaire s'il émet alors les titres en son propre nom (3).

Ainsi les syndicats financiers qui, moyennant une prime, s'engagent à placer à un taux déterminé les titres à émettre sont des mandataires et le contrat passé entre eux et la société est valable (4).

Si l'intermédiaire s'engage à prendre pour son compte les titres qu'il n'aura pu placer, il se forme un mandat pour les titres qui seront placés, un prêt consenti par l'intermédiaire à l'emprunteur pour le surplus (5).

Si l'intermédiaire prend les titres pour son propre compte après soumission ou adjudication en se réservant de les placer dans le public, il se forme immédiatement un contrat de prêt pour la totalité (6). Nous verrons que la responsabilité de

ment donnée par le Code gén. prussien, II, XI, §§ 511 s., et le Code civ. du roy. de Saxe, §§ 1291 s. Même solution dans le Code civ. autrichien, §§ 1086 s.

(1) Cass. civ., 18 mars 1891, D., 91. 1. 401 (motifs). — R. Koch, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Emissionsgeschæft.* — Décidé que c'est un louage d'ouvrage. — Trib. civ. Bordeaux, 12 déc. 1888, *Rép. périodique de l'enreg.*, n. 7255.

(2) Trib. civ. Seine, 6 juill. 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 208.

(3) R. Koch, *loc. cit.*

(4) Tel était, à notre avis, le caractère du contrat intervenu entre la Compagnie de Panama et les sociétés de crédit qui se réservaient le droit de prendre à option un nombre déterminé d'obligations à émettre, et devaient recevoir une prime pour chaque obligation qu'elles prendraient. Le Trib. civil de la Seine (24 juil. 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 2. *Suppl.*, 20) a décidé qu'il y avait là une libéralité de la part de la société et a obligé les sociétés qui constituaient le syndicat à rembourser les primes, par le motif que l'essence du syndicat financier est d'être aléatoire, et qu'en fait, les sociétés de crédit ne risquaient rien ; le mot *aléatoire* signifie donc ici que les sociétés de crédit ne peuvent recevoir une rémunération qui ne corresponde pas à un *risque*. C'est une erreur ; il suffit que la rémunération corresponde à un travail fourni, et prêter ses guichets c'est fournir un travail.

(5) Cpr. en ce sens Trib. civ. Bordeaux, 12 déc. 1888, précité (louage d'industrie pour les titres placés).

(6) Koch, *loc. cit.*

l'intermédiaire est alors plus grande envers les tiers que dans le cas précédent.

Si plusieurs personnes servent collectivement d'intermédiaires, il se forme entre elles un contrat de société (1).

Les intermédiaires qui se chargent du placement de billets de loterie sont tantôt des mandataires (2), et tantôt des acheteurs de titres (3), suivant la même distinction.

Les circonstances peuvent donc montrer qu'il s'agit d'un mandat ; il en est ainsi pour ceux des titres que l'intermédiaire parviendra à placer dans le public : tel est le cas où il s'engage à placer un nombre *déterminé* de titres, moyennant une prime fixée (4).

371. Le banquier chargé d'opérer, pour le compte d'une société ou autre personne morale, le service des intérêts et du capital d'un emprunt est un mandataire, s'il reçoit d'avance et en bloc les sommes dont il fera la distribution ensuite entre les ayants droit (5).

372. On décide souvent aussi que le banquier chargé par un particulier de toucher des coupons est un mandataire (6).

Cependant il vaut mieux distinguer : le banquier ou changeur auquel un porteur de titres remet ses coupons pour les toucher peut être soit un acheteur (c'est-à-dire un cessionnaire de la créance d'intérêts appartenant au porteur sur l'établissement débiteur), soit un mandataire, suivant les circonstances.

En principe c'est un acheteur, car il ne s'inquiète aucune-

(1) V. notre *Tr. de la soc., du prêt, du dépôt*, 2e éd., n. 22 s., 556.

(2) C'est souvent le cas des collecteurs des loteries émises par le royaume de Prusse (Cod. gén. prussien, l, IX, § 559 s.). Gareis, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Loterie*.

(3) C. gén. pruss., I, XI, §§ 564 s.—Trib. sup. comm. allemand, *Entsch.*, XXIII, p. 213 et 214. — Von Gerber, *Syst. des deutsch. Privatrechts*, § 193, note 8 ; Gareis, *loc. cit.*

(4) Trib. civ. Seine, 24 juill. 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 2. *Suppl.*, 20.

(5) Trib. com. Seine, 15 sept. 1888, *Journ. trib. com.*, 90. 67.—Il peut donc, quoiqu'il annonce publiquement le payement, le cesser quand il cesse de recevoir des fonds. — *Contra* Rennes, 16 nov. 1885, sous Cass. civ., 13 mai 1889, S. 91. 1. 17 (ce serait un « concessionnaire à forfait de l'emprunt »).

(6) Trib. paix La Fère-en-Tardenois, 9 janv. 1890, *Loi*, 11 janv. 1890.

ment de la personne du porteur, et lui remet immédiatement le montant des coupons [1].

Cependant il peut être un mandataire ; ce sera surtout le cas s'il ne s'engage à remettre le montant des coupons qu'après les avoir touchés ou dans un délai déterminé, suffisant pour lui permettre de les toucher [2].

Le principal intérêt de la question est le suivant: le banquier ou changeur, s'il est un acheteur, ne peut, en cas de faillite de la société, soit refuser de payer au porteur le montant des coupons, soit répéter la somme qu'il lui a payée. Il en est autrement dans l'hypothèse d'un mandat [3].

373. L'agent de change est un mandataire [4], rentrant dans la classe des commissionnaires; comme, en effet, les agents de change ignorent les noms de leurs clients respectifs, le contrat se forme entre eux seuls.

374. Le changeur qui achète des titres est un acquéreur et non un mandataire [5]; comme tout commerçant, il se propose de revendre les titres achetés, mais il ne sert d'intermédiaire ni au vendeur ni à celui auquel il revendra les titres.

Cette solution est très importante ; il en résulte, comme nous le verrons, que l'acquisition ou la vente faites par le changeur ne portent pas atteinte au monopole de l'agent de change.

Mais le changeur est un mandataire lorsqu'il achète ou vend à un tiers au nom d'une personne qui lui en a donné l'ordre.

375. Il n'y a pas mandat, mais vente, dans le contrat de réassurance, même si la compagnie cessionnaire du portefeuille n'a pas de prix à payer et, pour toute compensation

(1) Trib. civ. Evreux, 27 mars 1882, *Journ. des val. mob.*, 82. 562.—Trib. civ. Seine, 24 fév. 1892, *Pand. franç.*, 93. 2. 161. — Buchère, *Note, Pand. franç.*, 96.2.177. — V. cep. Trib. comm. Seine, 23 mai 1882, Deloison, *Tr. des val. mob.*, n. 261. — Trib. civ. Seine, 18 oct. 1883, *Journ. des val. mob.*, 83.512.

(2) Paris, 15 mars 1895, *Pand. franç.*, 96.2.177. — Buchère, *loc. cit.*

(3) Autorités précitées.

(4) Cass., 19 août 1823, S. chr. — Cass., 3 mai 1887, S., 90. 1. 303. — Cass. civ., 14 juin 1892, S., 92. 1. 345, D., 93. 1. 500. — Crépon, *Tr. de la négoc. des eff. publics*, n. 145.

(5) Boistel, *Note*, D., 93. 2. 17.

des primes auxquelles elle a désormais droit, est tenue de payer les indemnités afférentes au portefeuille cédé [1]; donc la compagnie cessionnaire n'a pas de comptes à rendre [2] et n'est pas responsable envers la compagnie cédante du retard qu'elle a apporté dans le règlement des sinistres [3].

§ II. *Distinction entre le mandat et le bail.*

376. Le mandat, au moins quand il est salarié, est quelquefois difficile à distinguer du bail. Les traits distinctifs sont d'une part que le mandataire représente le mandant, tandis que le preneur ne représente pas le bailleur, d'autre part que le preneur, à la différence du mandataire, gère à ses risques et pour son compte.

Aussi a-t-on décidé avec raison qu'il n'y a pas bail, mais mandat, dans l'acte par lequel la jouissance temporaire d'un immeuble est concédée par le propriétaire à un tiers qui, après prélèvement d'une somme annuelle à son profit, remettra tous les revenus au propriétaire [4].

Au contraire la concession par un journal à une agence, moyennant un prix et pour une durée déterminés, de l'exploitation de sa publicité, est un bail et non pas un mandat [5].

§ III. *Distinction entre le mandat et le louage d'ouvrage. Des conventions concernant l'exercice d'une profession libérale.*

377. La différence essentielle entre le louage d'ouvrage et le mandat, est que le mandataire rend des services en représentant le mandant vis-à-vis des tiers, tandis que le locateur d'ouvrage rend des services sans cette représentation [6].

(1) Cass. req., 13 juin 1893, S., 93. 1. 525.

(2) Cass. req., 13 juin 1893, précité.

(3) Cass. req., 13 juin 1893, précité.

(4) Lyon, 11 déc. 1868, S., 69. 2. 284, D., 71. 2. 168. — Guillouard, *Tr. du contr. de louage*, I, n. 11 et 62 ; Fuzier-Herman, art. 1709, n. 17.

(5) Trib. com. Seine, 30 déc. 1893, *Loi*, 8 fév. 1894 (qui en conclut avec raison qu'elle ne peut être révoquée).

(6) Cass. req., 14 avril 1886, S., 87. 1. 76, D., 86. 1. 220. — Duvergier, *Tr. du louage*,

C'est, en effet, comme nous l'avons dit, la représentation qui est le trait caractéristique du mandat.

Dans une autre opinion, celui qui représente un tiers est lui-même un locateur d'ouvrage s'il est le subordonné, l'employé du tiers ; c'est cette subordination qui constituerait la différence caractéristique entre les deux contrats (1) ; la preuve qu'il n'en est pas ainsi, c'est que des trois sortes de louages d'ouvrages prévus par la loi, un seul, le louage des services (louage des domestiques, employés et ouvriers), présente ce lien de subordination.

378. Les avocats, les médecins, les peintres, les professeurs, les hommes de lettres et généralement tous ceux qui vivent de l'exercice d'une profession libérale sont-ils des mandataires ?

En droit romain, on admettait l'affirmative (2). Seulement, comme le mandat était essentiellement gratuit, le paiement des honoraires devait être poursuivi, non par l'action du mandat, mais par une *persecutio extra ordinem* (3).

En partant de cette idée, on aurait dû, dans l'ancien droit, voir dans les conventions de ce genre des mandats salariés.

Il n'en fut rien ; ce mandat fut reconnu être gratuit, et on imagina l'existence d'un contrat indépendant pour la fixation du salaire.

Pothier s'exprime ainsi dans un passage bien connu (4) : « Je vais trouver un célèbre avocat pour le prier de se charger de la défense de ma cause ; il me dit qu'il veut bien s'en charger ; je l'en remercie, et je lui dis que, pour lui donner une faible marque de ma reconnaissance, je lui donnerai le *Thesaurus* de Merman, qui manque à sa bibliothè-

II, n. 267 s. ; Pont, I, n. 821 ; Aubry et Rau, IV, p. 512, § 371 *bis* ; Laurent, XXVII, n. 387 s. ; Guillouard, *Tr. du mandat*, n. 27 ; Planiol, II, n. 2172 et *Note* D., 1892. 1. 585. — V. cep. Duranton, XVIII, n. 196 ; Troplong, n. 171 s. — D'après M. Guillouard (*loc. cit.*), « les services que le mandataire doit accomplir n'ont d'autre but que d'arriver à la représentation » ; c'est plutôt, au contraire, la représentation qui a pour but la prestation d'un service.

(1) Frey, *Ann. dr. com.*, III, 1889, p. 197.

(2) L. 6, D., *Mand. vel contra*, 17. 1.

(3) L. 1, C., *Mand. vel contra*, 4. 35.

(4) N. 23.

que. Il me répond qu'il accepte volontiers mon présent que je lui fais de si bonne grâce. Quoique je promette à cet avocat le *Thesaurus* de Merman, le contrat qui intervient entre nous n'en est pas moins un contrat de mandat, parce que ce que je lui promets n'est pas le prix de la défense de ma cause dont il se charge. Cette défense de ma cause, dont il se charge, étant quelque chose qui n'est pas appréciable, le mandat ne laisse pas d'être gratuit, parce que cet avocat n'exige rien pour se charger de l'affaire qui en fait l'objet. La promesse que je lui fais de ce *Thesaurus* qu'il a accepté est une convention qui, quoiqu'elle intervienne en même temps que le contrat de mandat, n'en fait pas néanmoins partie, et lui est étrangère. »

Cependant Cujas était d'opinion différente; il pensait que le contrat relatif à l'exercice d'une profession libérale n'était autre chose qu'un louage d'ouvrage, et faisait l'application de cette théorie au professeur de droit et à l'avocat (1).

Beaucoup d'auteurs ont reproduit la théorie du mandat (2). Ils se fondent, outre l'argument historique, sur l'idée que des fonctions d'un ordre élevé, et qui s'adressent aux besoins moraux de l'homme, n'ont pas le lucre pour but.

L'argument historique est sans valeur, car, tandis que le droit romain et l'ancien droit admettaient une dualité de contrats, on est bien forcé de reconnaître aujourd'hui (et tout le monde l'admet, en effet) qu'une convention où chacune des parties prend un engagement est une convention indivisible.

Quant à la considération tirée du caractère élevé des fonctions, elle n'a plus d'importance, car nulle part la loi ne considère le mandat comme ayant un caractère plus relevé que le louage d'ouvrage. Au surplus, le mandat implique la représentation d'une personne par une autre, et ici il n'y a pas de représentation.

(1) *Obs.*, lib. II, cap. 28 ; *Comment. in* lib. III *Respons. Papin.*, *Ad. leg.* 7, *mand.*

(2) Agen, 4 mars 1889, D., 90. 2. 281. — Troplong, *Tr. du louage*, n. 791 s. et *Tr. du mandat*, n. 164 s. ; Championnière et Rigaud, II, n. 1480 ; Marcadé, art. 1779, n. 2 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 204 *bis* s. ; Charvérat, *Ann. dr. comm.*, II, 1888, *Doctr.*, p. 10. — V. Huc X, n. 379 s.

Un système tout moderne [1] prétend que les travaux des personnes exerçant des professions libérales sont hors du commerce et ne peuvent donner lieu ni à un contrat ni à une action en justice. On invoque en ce sens la supériorité du travail intellectuel sur le travail matériel ; on en conclut que les actes de ces personnes ne constituent qu'un fait d'obligeance.

Un argument suffisant pour détruire cette doctrine c'est qu'elle méconnaît ce principe essentiel qu'à moins d'être contraire à l'ordre public toute convention doit être exécutée. Or quel est le principe d'ordre public qui défend à celui qui promet un travail de stipuler une rémunération ? Si même, comme on le dit, il s'agit de « *res inæstimables* » (ce qui est douteux, car un tableau a la valeur que lui fait attribuer le talent du peintre, le livre se vendra plus ou moins suivant son mérite ou le talent de l'auteur), rien n'empêche les parties de se mettre d'accord pour attribuer une valeur de convention à ces choses inestimables.

Il n'est pas besoin d'insister sur l'immoralité de cette opinion, qui, sous prétexte de sauvegarder le caractère élevé et exclusivement intellectuel de certaines professions, de considérer les adeptes de ces professions comme des personnalités supérieures auxquelles tout intérêt autre que celui de l'art ou de la science doit rester étranger, leur refuse toute rémunération de leurs peines, les mettent à la merci de la bonne foi de leurs cocontractants et les placent dans une situation inférieure à celle du manœuvre.

Cette opinion est, du reste, rejetée par la plupart des auteurs et par la jurisprudence.

Certains auteurs disent que le contrat entre un client et son avocat est un contrat innommé, lequel autorise l'action en justice [2].

La meilleure solution, à notre avis, est celle qui voit dans les contrats dont nous parlons des louages d'ouvrage [3]. On

[1] Aubry et Rau, IV, p. 314, § 344, notes 2, 3 et 4 et p. 512, § 371 *bis*, note 1 ; Guillouard, n. 30 et *Tr. du louage*, II, n. 692 s.

[2] Pont, I, n. 825 ; Garsonnet, *Tr. de proc.*, I, p. 407, § 99.

[3] Duvergier, *Tr. du louage*, II, n. 267 s. ; Laurent, XXVII, n. 334 ; Pont,

y trouve, en effet, réunis tous les caractères du louage d'ouvrage : des services promis, un prix. On n'y trouve pas le caractère essentiel du mandat : la représentation de la personne.

Nous ne voyons pas ce que cette qualification peut avoir de blessant pour les personnes qui exercent de semblables professions : leur dignité n'en est aucunement atteinte, car le louage d'ouvrage n'a rien de déshonorant.

L'ancien droit ne peut fournir aucune objection. L'opinion alors dominante n'est plus suivie aujourd'hui par personne et les auteurs mêmes qui prétendent l'adopter s'en écartent. Le système de Cujas seul répond aux principes modernes, et c'est le nôtre.

Prétendre que la profession d'avocat ou celle de médecin est gratuite, n'est, au fond, autre chose qu'une absurdité, car l'intention du client n'est pas de se faire faire une libéralité, et l'intention de l'avocat ou du médecin n'est pas de rendre un service gratuit. Sans doute les travaux de l'esprit attirent le respect, mais en quoi ce respect est-il méconnu par nous ?

En vain aussi dit-on qu'à la différence de celui qui exerce un travail manuel l'auteur d'un travail intellectuel ne cherche pas à augmenter sa fortune. Cette idée est des plus contestables, mais fût-elle vraie qu'elle n'entamerait pas notre raisonnement, car la loi ne réserve pas la qualification de locateurs d'ouvrage à ceux qui, par leur travail, essayent d'augmenter leur fortune, elle l'accorde à tous ceux qui se font payer leur travail.

Il nous paraît plus singulier encore qu'on nous oppose les traditions des barreaux, d'après lesquelles l'avocat ne peut exiger ses honoraires en justice. Les traditions et les règlements des conseils de l'ordre qui les consacrent ne sont pas des lois d'ordre public, et, du reste, en dépit de leur existence, les avocats eux-mêmes ne songent pas à prétendre que leur mandat soit gratuit. Tout le monde sait que l'usage est

Rev. dr. franç. et étr.. V. 1848, p. 50 s. ; Bastiné, *Droit fiscal*, I, n. 528 ; Glasson, *Note*, D., 90. 2. 281 ; Wahl, *Note*, S., 1900. 2. 201 ; Planiol, II, n. 1841. — V. en ce sens Eck, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Dienstmiethe*.

au barreau assez répandu d'exiger d'avance une partie des honoraires; on évite ainsi la nécessité d'agir en justice pour le recouvrement des honoraires. Mais y a-t-il rien de plus opposé à la gratuité du contrat ?

On nous fait le tableau de l'existence de médecin, « de ses fatigues qui l'usent avant l'âge, de ses nuits sans sommeil, de ses préoccupations incessantes, de ces tristesses physiques et morales au spectacle desquelles il est condamné pour la vie (1). » Ce n'est pas là un argument juridique.

Une objection spécieuse peut être faite en ce qui concerne l'avocat : son rôle est de développer les conclusions prises par l'avoué ; les conclusions ont été prises au nom du client, dont l'avoué est le mandataire (2) ; l'avocat est donc, lui aussi, un mandataire.

Cette objection n'est pas convaincante : l'avocat ne traduit pas, comme l'avoué, la pensée du client, puisque rien de ce qu'il dit n'engage le client et que toutes les prétentions ou tous les arguments qu'il émet au delà des conclusions ont besoin, pour être pris en considération par le tribunal, de donner lieu à des conclusions additionnelles déposées par l'avoué.

379. Sont donc des locateurs d'ouvrage :

L'avocat (3) ; l'avocat n'est pas davantage un mandataire quand il donne des consultations (4).

Le médecin (5).

(1) Guillouard, *Tr. du louage*, II, n. 696.

(2) V. *infra*, n. 382.

(3) Glasson, *Note*, D., 90. 2. 281 ; Labbé, *Note*, S., 93. 1. 497 ; Wahl, *Note*, S., 1901. 1. 273 ; Planiol, II, n. 2232. — *Contra* Agen, 4 mars 1889, S., 89. 2. 139, D., 90. 2. 281. — Duvergier, *op. cit.*, II, n. 567 s. ; Taulier, VI, p. 284 et 297 ; Troplong, *Tr. du louage*, n. 791 s. ; Colmet de Santerre, VIII, n. 204 *bis*, X ; Laurent, XXVII, n. 333 s. — En tout cas ce n'est pas un mandataire. Cass. civ., 19 déc. 1899, S., 1901. 1. 273. — L'avocat est un mandataire si le client, n'ayant pas d'avoué et ne comparaissant pas lui-même charge un avocat de le représenter. Cass. civ. 19 déc. 1899, précité — Wahl, *loc. cit.*

(4) Garsonnet, *op. cit.*, I, p. 406, § 103.

(5) Labbé, *loc. cit.* ; Planiol, *loc. cit.* — *Contra* Moreau, *De la responsabilité médicale*, n. 10. — Décidé que le contrat par lequel un médecin s'engage à donner des soins à un client pour une somme fixe par an est un louage d'ouvrage et non un mandat et peut, en conséquence, se renouveler par tacite recon-

Le peintre (1).

Le professeur (2).

L'opinion que nous combattons aboutit à de singulières distinctions.

Ainsi on dit que le professeur a une profession libérale hors du commerce (3).

Mais les services du précepteur feraient l'objet d'un louage d'ouvrage (4).

380. Les solutions suivantes découlent de notre système.

Celui qui, exerçant une profession libérale, a promis de rendre des services rentrant dans l'exercice de cette profession, peut être contraint en justice de les rendre.

Les auteurs qui prétendent que ces services sont hors du commerce devraient décider le contraire. Ils ont cependant de singulières distinctions.

D'une part, ils prétendent que la promesse non exécutée peut donner lieu à des dommages-intérêts en vertu des articles 1382 et 1383 (5), comme s'il pouvait y avoir faute à refuser d'exécuter une promesse qui n'est pas obligatoire !

D'autre part, ils refusent bien toute action en justice contre l'avocat (6) ou le médecin (7), mais ils accordent une action en justice contre le littérateur qui a promis un ouvrage (8) et l'artiste qui a promis un tableau (9).

duction. — Trib. paix Cotignac, 23 oct. 1893, *Mon. just. Paix*, 94. 168. — Suisse, *C. féd.*, art. 348 : Le médecin est un locateur d'ouvrage.

(1) V. notre *Tr. du contr. de louage*, 3e éd., II, n. 4187 *bis*.

(2) Ainsi jugé pour le professeur d'une institution particulière. — Trib. civ. Seine, 5 juin 1893, *Journ. des soc.*, 94. 37. — Et pour celui qui est au service d'un particulier. — Trib. paix Lille, 12 déc. 1909, *Rev. just. paix*, 1901.212. Dans cette dernière espèce le professeur donnait des répétitions payées au mois, il n'était pas au service du particulier ; le contrat était donc plutôt un louage *d'industrie*.

(3) Guillouard, *Tr. du louage*, II, n. 691.

(4) Aubry et Rau, IV, p. 515, § 372 ; Guillouard, *op. cit.*, II, n. 698.

(5) Guillouard, *Tr. du louage*, II, n. 696.

(6) Guillouard, *Tr. du louage*, II, n. 696. — D'après M. Garsonnet (I, p. 408, § 103) l'avocat peut renoncer à son mandat, mais après avoir trouvé un autre défenseur à son client.

(7) Guillouard, *Tr. du louage*, II, n. 696.

(8) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 696.

(9) Guillouard, *op. cit.*, II, n. 696.

Une autre conséquence de notre système, c'est que, comme nous le montrerons, la rémunération de l'exercice d'une profession libérale peut être réclamée en justice [1].

381. Comme l'avocat n'est pas un mandataire, il n'engage son client que par ses aveux [2] ou par son silence [3].

Quoique non mandataire, l'avocat devrait être responsable de sa gestion. On objecte que cela est incompatible avec sa profession; cela n'est incompatible avec aucune profession. On invoque encore, mais plus fortement, en sens contraire un usage qui a force de loi [4].

382. Autre est la situation des avoués : ils agissent, non seulement *pour le compte*, mais en outre *au nom* de leurs clients; ils les représentent, puisqu'ils sont chargés de prendre des conclusions, que le client lui-même est censé avoir prises ; ce sont donc de véritables mandataires [5], mais des mandataires salariés, et dont la situation diffère des autres mandataires, comme nous le verrons, au point de vue de l'étendue des pouvoirs (art. 1988) et de la preuve que le mandat a ou n'a pas été dépassé (art. 1998).

La jurisprudence considère également les avoués comme des mandataires quand ils remplissent une mission confiée par les clients, mais sans les représenter, par exemple quand

(1) V. *infra*, n. 726 s.

(2) De sorte qu'il n'y a pas lieu de recourir au désaveu. — Cass. req., 29 juillet 1817, D. *Rép.*, v° *Désaveu*, n. 16. — Rennes, 13 janvier 1826, D. *Rép.*, v° *Oblig.*, n. 2646. — Paris, 2 déc. 1836, S., 37. 2. 65, D. *Rép.*, v° *Ordre*, n. 706. — Garsonnet, I, p. 405, § 103. — V. cep. Cass. crim., 11 août 1827, D. *Rép.*, v° *Désaveu*, n. 15. — Rennes, 17 août 1818, S. chr., D. *Rép.*, v° *Avocat*, n. 16. — Colmar, 22 déc. 1820, S. chr., D. *Rép.*, v° *Avocat*, n. 50. — Cependant il en est autrement si l'avocat a été assisté de l'avoué, qui n'a pas protesté. Cass. req., 16 mars 1814, S. chr., D. *Rép.*, v° *Avocat*, n. 17. — Cass. civ., 26 avril 1824, S. chr., D. *Rép.*, v° *Désaveu*, n. 59. — Cass. req., 8 déc. 1829, S. chr., D. *Rép.*, v° *Oblig.*, n. 5278. — Riom, 7 août 1816, D. *Rép.*, v° *Acquiescement*, n. 117. — Garsonnet, *loc. cit.*

(3) Cass. civ., 30 mai 1810, S. chr., D. *Rép.*, v° *Avocat*, n. 366. — Garsonnet, *loc. cit.*

(4) Paris, 13 prair. an XIII, D. *Rép.*, v° *Avocat*, n. 358. — Mollot, *Règles de la profes. d'avocat*, I, p. 80 ; Garsonnet, I, p. 407 et 408, § 103. — V. aussi Ord. 20 nov. 1822, art. 45.

(5) Cass. civ., 26 nov. 1890, S., 91. 1. 72. — Labbé, *Note*, S., 93. 1. 497 ; Garsonnet, I, p. 368, § 93 ; Wahl. *Note*, S., 1901. 1. 273 ; Planiol, II, n. 2232. — Allemagne, Ord. 1er juillet 1878, Eck, *loc. cit.*

ils sont chargés de prendre les mesures nécessaires contre un débiteur ([1]).

383. Les experts ne sont pas des mandataires ([2]); ce sont des locateurs d'ouvrage.

Les arbitres ne sont pas davantage des mandataires ([3]).

Quant aux agents d'affaires, nous avons montré que ce sont également des locateurs d'ouvrage ([4]).

Les tiers chargés par les parties de fixer le prix d'une vente ou d'un bail ne sont ni des experts ni des arbitres, ce sont des mandataires ([5]) ; on conclut de là généralement que le prix qu'ils ont fixé ne peut être modifié par le juge ([6]).

384. La jurisprudence admet que le contrat passé entre un notaire et son client est un mandat ([7]), ce qui produit des conséquences très importantes, notamment au point de vue de la responsabilité du notaire ([8]) et de la solidarité entre ses clients ([9]).

Cette solution n'est pas exacte, car le notaire ne représente pas plus son client qu'un agent d'affaires ne représente le sien ; il fournit ses services à son client, ce qui est précisément le cas de l'agent d'affaires ; il est donc locateur d'ouvrage. Le client comparaît aux actes dressés par le notaire, celui-ci n'est donc pas son mandataire ([10]). Mais quand le notaire se charge d'accomplir les suites d'un acte, il est mandataire ([11]).

De même le notaire chargé soit de vendre et de toucher

([1]) Rennes, 29 juin 1891, D., 93. 2. 174.

([2]) Labbé. *Note*, S., 93. 1. 499. — *Contra* les décisions citées *infra*, à propos de la solidarité, n. 756 s.

([3]) Labbé, *loc. cit.*

([4]) V. notre *Tr. du louage*, 3e éd., II, n. 4139 s.

([5]) Nancy, 1er juillet 1864, S., 64. 2. 154. — Nancy, 24 avril 1884, S., 84. 2. 158. — Bastia, 1er fév. 1892, S., 92. 2. 201.

([6]) V. *infra*, n. 736 s.

([7]) Cass. req., 1er déc. 1891 (impl.), S., 93. 1. 497. — Babinet, *Rapport*, S., 93. 1. 497. — V. les décisions citées *infra*, n. 593 s.

([8]) V. *infra*, n. 593 s.

([9]) V. *infra*, n. 756 s.

([10]) Labbé, *Note*, S., 93. 1. 497. Planiol, II, n. 2132.

([11]) Cass. req., 9 juill. 1890, S., 92. 1. 557. — Grenoble, 11 juill. 1893, *Rec. de Grenoble*, 93. 1. 262.

le prix de la vente, soit de toucher une créance est certainement un mandataire (1).

385. Les officiers publics ou les particuliers chargés de vendre aux enchères des objets appartenant à des tiers sont, d'après la jurisprudence, les mandataires de ces derniers (2). A notre avis, ce sont des locateurs d'ouvrage.

Mais le particulier chargé de toucher une créance pour le compte d'un tiers est mandataire de ce dernier (3).

Ainsi le patron qui s'engage envers le fournisseur de ses ouvriers à retenir sur les salaires de ces derniers le montant des fournitures, est le mandataire du fournisseur (4).

386. La personne qui se charge de trouver un acquéreur pour un objet appartenant à une autre personne est un mandataire, et non un locateur d'ouvrage (5). Mais il en est autrement d'une personne qui se charge de vendre directement au public les marchandises fabriquées par un tiers (6).

387. Le syndic est le représentant du failli; c'est donc un mandataire (7).

Il en est de même du liquidateur d'une société (8).

L'agréé est un mandataire (9). Il en est de même du liquidateur judiciaire (10).

L'huissier, au contraire, est un locateur d'ouvrage (11).

(1) Amiens, 22 nov. 1890, S., 92. 2. 260, D., 92. 2. 361. — C. sup. Luxembourg, 29 mai 1891, S., 93. 4. 8.

(2) Ainsi décidé en ce qui concerne les facteurs aux halles pour la vente à la criée. — Paris, 31 oct. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 577.

(3) Douai, 28 avril 1891, D., 92. 2. 51. — Trib. comm. Alger, 22 nov. 1886, *Rev. algér.*, 87. 456.

(4) Paris, 14 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 2e p., 26.

(5) Montpellier, 6 fév. 1893, S., 94. 2. 208, D., 94. 2. 212 (impl.; cet arrêt en conclut que le salaire promis peut être réduit).

(6) Amiens, 21 mars 1891, D., 92. 2. 305. — Guillouard, *Tr. du mandat*, n. 28.

(7) Cass. civ., 21 juill. 1891, S., 91. 1. 377, D., 93. 1. 123 (cet arrêt dit à tort que le syndic est mandataire *légal*). — Argou, liv. III, ch. 37, II, p. 350 (mandataire des créanciers).

(8) Cass. civ., 21 nov. 1893, S., 96. 1. 13, D., 94. 1. 269.

(9) Toulouse, 21 mai 1889, S., 89. 2. 167. — Rouen, 12 août 1896, S., 97. 2. 48. — Trib. civ. Seine, 24 nov. 1893, *Journ. trib. comm.*, 95. 103.

(10) Bordeaux, 19 juill. 1888, *Rec. Bordeaux*, 88. 1. 372.

(11) *Contra* Trib. civ. Seine, 4 janv. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 692.

388. C'est un contrat de louage d'ouvrage qui intervient entre le père ou le tuteur et l'instituteur ou le directeur d'un établissement d'instruction qui s'engage à élever ou à instruire l'enfant ou le pupille.

La responsabilité de l'instituteur, en ce qui concerne les accidents causés à un de ses élèves par un autre élève, est réglée par l'article 1384.

389. Le contrat passé entre une commune et un garde-champêtre est non pas un mandat, mais un louage d'ouvrage (1).

Il en est de même du contrat passé entre un propriétaire et son garde-chasse (2) ou son régisseur (3).

390. Les employés (de commerce, de chemin de fer, etc.) sont des locateurs d'ouvrage (4); ils ne diffèrent des ouvriers, que la loi considère formellement comme tels, que par le caractère de leur travail, qui, au lieu d'être toujours manuel, consiste fréquemment dans des démarches ou des écritures.

On a cependant prétendu que les employés sont à la fois des locateurs d'ouvrage parce qu'ils promettent un travail, et des mandataires parce qu'ils représentent le patron (5). Il est difficile d'apercevoir en quoi les employés, plus que les ouvriers, représentent le patron. Du reste, on ne peut voir deux contrats dans une convention qui attribue à l'employé une seule fonction. Enfin, pour qu'il y ait mandat, il ne suffit pas qu'il y ait représentation, il faut que le représentant n'ait que cette dernière qualité et que sa seule mission consiste à agir au nom du patron vis-à-vis des tiers.

(1) Nancy, 29 avril 1893, S., 94. 2. 120, D., 93. 2. 527. — Pour l'application de l'article 1780, v. notre *Tr. du louage*, 3e éd., II, n. 3040.

(2) Cass. crim., 14 mars 1862, D., 63. 5. 291. — Rouen, 26 déc. 1883. S., 84. 2. 118, D., 84.5. 291. — Giraudeau, Lelièvre et Sondée. *De la chasse*, n. 1484; Leblond, *Code de la chasse*, n. 308; de Neyremand, *Questions sur la chasse*, p. 323. — *Contra* Orléans, 1er déc. 1874, S., 75. 2. 136, D., 75. 5. 247.

(3) *Contra* Trib. civ. Lyon, 20 mars 1891, *Mon. jud. Lyon*, 27 avril 1891. — Huc, X, n. 360.

(4) En ce sens pour l'employé de chemin de fer, Cass. civ., 14 avril 1886, S., 87. 1. 76, D., 86. 1. 220.

(5) Planiol. *Rev. crit.*, 1893, p. 200. — Ainsi décidé pour le commis-voyageur. Trib. comm., Havre, 25 janv. 1888, *Rec. Havre*, 88. 50.

Dans une autre opinion ce seraient des mandataires (1).

Par application des idées qui précèdent, le clerc de notaire n'est pas le mandataire de son patron, mais bien un locateur d'ouvrage (2), quoiqu'il soit dans ses attributions de représenter fréquemment le notaire vis-à-vis des tiers.

Le gérant d'une maison de commerce est aussi un locateur d'ouvrage et non pas un mandataire (3).

Le gérant d'une succursale est également un locateur d'ouvrage (4).

Le représentant, c'est-à-dire celui qui est l'agent d'une maison de commerce dans une ville, n'est pas davantage un mandataire (5). Plus spécialement il se distingue du commissionnaire en ce qu'il agit ouvertement pour la maison qu'il représente et en ce qu'il est le subordonné de cette maison (6). C'est un locateur d'ouvrage (7).

Le voyageur de commerce est également un locateur d'ouvrage (8).

391. Les commissaires des courses, nommés par les sociétés de courses, pour organiser les courses, veiller à l'observation des règlements et trancher les contestations, ne sont pas les mandataires de ces sociétés (9), mais des locateurs d'ouvrage.

(1) Cela est admis en Allemagne. Schaper, *loc. cit. infra*.

(2) Douai, 17 août 1871, S., 72. 2. 264, D., 72. 2. 74. — *Contra* Guillouard, n. 132.

(3) *Contra* Trib. civ. Seine, 8 avril 1892, *Loi*, 30 avril 1892.

(4) Frey, *op. cit. infra*, p. 197.

(5) Trib. com. Lyon, 16 juin 1893, sous Lyon, 6 avril 1895, D., 95. 2. 431. — *Contra* Paris, 20 fév. 1897, *Loi*, 18 mars 1897. — Lyon, 27 janv. 1904, *Droit*, 9 mars 1904. — Trib. com. Lyon, 24 déc. 1896, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 508. — Trib. com. Seine, 30 sept. 1899, *Journ. trib. comm.*, 1901. 258. — Trib. com., Saint-Étienne, 7 oct. 1899, *Loi*, 4 nov. 1899. — Décidé que c'est à la fois un locateur d'ouvrage et un mandataire. — Caen, 12 janv. 1887, *Droit*, 27 janv. 1887. — Lyon-Caen et Renault, II, n. 417.

(6) Frey, *Ann. dr. comm.*, III, 1889, *Doctr.*, p. 196.

(7) Agen, 7 janv. 1895 (impl.), S., 95. 2. 213. — Limoges, 23 nov. 1896 (impl.), S., 97. 2. 68. — Trib. com. Nantes, 11 juil. 1891 (impl.), S., 92. 2. 123. — Frey, *op. cit.*, p. 197; Wahl, *Note*, S., 1903. 2. 177.

(8) Rouen, 12 janv. 1889, *Rec. Havre*, 89. 2. 45.

(9) *Contra* Pau, 28 déc, 1891, S., 92. 2. 297. — Michoud, *Note*, S., 92. 2. 299, n. 3.

392. Le contrat passé entre une compagnie d'assurances et un agent d'assurances est un louage d'ouvrage et non pas un mandat (1). En effet l'agent s'engage, moyennant une rétribution, à fournir ses services à la compagnie ; sans doute il représente la compagnie vis-à-vis des tiers ; mais c'est surtout pour augmenter les bénéfices de cette dernière, et non pas pour lui servir de représentant, qu'il a été engagé.

Aussi avons-nous vu, à propos du louage d'ouvrage, que le contrat, quand il est fait pour une durée illimitée, ne peut être rompu sans l'observation des délais ordinaires (2).

De ce caractère il suit que les déclarations faites par l'agent d'assurances au moment de la signature de la police n'engagent pas l'assureur (3).

D'autres conséquences en résultent pour le point de départ

(1) Toulouse, 16 nov. 1887, S., 88. 2. 28, D., 88. 2. 161 (quand l'agent consacre tout son temps à la compagnie, rétribue ses sous-agents et fait les frais d'installation des bureaux). — Rouen, 9 mars 1889, *Rec. Rouen*, 89. 23. — Lyon, 21 juin 1899, *Gaz. com. Lyon*, 10 mai 1900. — Trib. civ. Seine, 16 mai 1896, *Droit*, 24 juin 1896. — Guillouard, n. 29 et *Tr. du louage*, II, n. 722; Huc, X, n. 382 et 384. — *Contra* Colmar, 31 juil. 1856, D., 56. 2. 265. — Rouen, 17 mai 1871, D., 73. 2. 176. — Grenoble, 13 mai 1872, S., 72. 2. 226. — Besançon, 14 mars 1888, S., 90. 2. 226, D., 89. 2. 148. — Paris, 20 nov. 1888 maintenu par Cass. req., 26 oct. 1891, S., 92. 1. 551, D., 92. 1. 44 (pour l'agent rémunéré au moyen de primes sur les affaires qu'il fait). — Nancy, 29 juin 1889, S., 90, 2. 226 (motifs). — Paris, 14 déc. 1889, D., 90. 2. 348. — Grenoble, 5 juin 1891, S., 92. 2. 135. — Besançon, 13 juil. 1892, S., 93. 2. 50. — Bordeaux, 14 mars 1899, *Gaz. trib.*, 8 juin 1899. — Trib. civ. Seine, 10 déc. 1892, *Loi*, 21 avril 1893. — Paris, 30 avril 1892, *Journ. des assur.*, 1892, 216. — Trib. civ. Toulouse, 23 juin 1891, *Rec. des assur.*, 91. 414, *Gaz. Pal.*, 91. 2. 363. — Trib. com. Seine, 22 avril 1899, *Droit*, 6 juin 1899 (agent général). — Trib. civ. Tarbes, 24 juil. 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 600 (agent général). — Trib. com. Seine, 29 août 1903, *Rec. des assur.*, 1903. 39. — Trib. com. Seine, 29 juin 1901, *Journ. trib. com.*, 1903. 199 (agent général). — Trib. civ. Seine, 2 fév. 1901, *Droit*, 14 mai 1901 (inspecteur). — Trib. com. Seine, 17 avril 1901, *Rec. assur.* 1901. 268. — Trib. civ. Seine, 23 déc. 1901, *Droit*, 25 avril 1902. — Trib. com. Seine, 24 nov. 1904, *Droit*, 4 fév. 1905 (courtier). — Louis Lucas, *Ann. dr. comm.*, 1890, *Jurispr.*, 29. — Le contraire est généralement aussi admis en Allemagne. Schaper, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Agenten*. — Décidé que l'agent général est à la fois un mandataire et un locateur d'ouvrage, mais que ce dernier caractère l'emporte. — Orléans, 2 mars 1898, S., 98. 2. 269.

(2) V. notre *Tr. du louage*, 3e éd., II, n. 3059.

(3) Bourges, 22 fév. 1892, D., 93. 2. 176 (déclaration faite à un preneur que, le bailleur étant assuré à la même compagnie, il n'aura pas à payer de risques locatifs).

des intérêts, pour les conditions dans lesquelles la compagnie peut révoquer son agent ; nous les retrouverons plus loin.

La cour de cassation attribue au juge du fait le soin de décider souverainement si l'agent d'assurances est un locateur d'ouvrage ou un mandataire (1).

L'inspecteur d'assurances est également un locateur et non un mandataire (2).

Quant au courtier d'assurances, il est le mandataire de l'assuré (3), car, sans avoir contracté avec l'assureur et après avoir obtenu de l'assuré la promesse de se faire assurer, il propose l'engagement à l'assureur.

Le contrat par lequel une personne se charge de vérifier les polices souscrites par une autre personne avec une compagnie d'assurances et de poursuivre l'indemnité en cas de sinistre n'est pas un mandat, mais un louage d'ouvrage (4).

On a soutenu que le contrat par lequel un courtier se fait attribuer le monopole de la vente des objets fabriqués par un industriel est un mandat (5), du moins si le courtier ne s'in-

(1) Cass. req., 26 oct. 1891, S., 92. 1. 551, D., 92. 1, 411. — D'autres arrêts paraissent donner en termes absolus à l'agent d'assurances la qualité de mandataire. — Cass. req., 9 juill. 1885, S., 87. 1. 478, D., 86. 1. 310. — Cass. civ., 10 nov. 1891, S., 91. 1. 529, D., 92. 1. 406.

(2) *Contra* Trib. civ. Rouen, 7 juin 1887, *Journ. des assur.*, 87. 451 (qui en conclut que le renvoi peut avoir lieu sans indemnité).

(3) Paris, 5 juill. 1892, D., 93. 2. 407. — V. en ce sens, pour l'acte par lequel une personne est chargée de surveiller et vérifier les polices d'assurances d'un tiers et de le guider dans la marche à suivre pour le règlement des indemnités, avec engagement par ce dernier de ne renouveler ses polices que par l'intermédiaire du courtier. — Trib. com. Seine, 4 déc. 1894, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 464. — Il a été décidé aussi que ce contrat est synallagmatique. — Trib. com. Seine, 3 avril 1891, *Loi*, 9 juil. 1891. — Il va sans dire que la compagnie d'assurances n'est pas obligée d'écouter la proposition du courtier. Mais elle ne peut profiter des renseignements que lui donne le courtier pour conclure l'affaire directement ou par d'autres intermédiaires. — Paris, 3 août 1892, S., 93. 2. 90. — Toutefois, si l'affaire lui est proposée par deux courtiers, elle peut arbitrairement choisir l'un ou l'autre. — Paris, 3 août 1892, précité.

(4) *Contra* Paris, 5 fév. 1886, 23 et 30 nov. 1887, *Gaz. Pal.*, 88. 1. 274. — Décidé que l'acte par lequel une société s'engage à vérifier les polices d'un assuré et soutenir tous les procès qui pourraient surgir par suite de la vérification ou en cas de sinistre, est un mandat. — Cass. civ., 11 fév. 1891, S., 91. 1. 121, D., 91. 1. 197. — En tout cas ce n'est pas un contrat d'assurance, car il ne présente ni risque, ni chose assurée, ni indemnité. Même arrêt.

(5) Amiens, 21 mars 1891, D., 92. 2. 305. — Trib. com. Seine, 24 nov. 1904, *Droit*, 4 fév. 1905.

terdit pas de faire avec des tiers d'autres contrats du même genre (1). Cette dernière circonstance est insignifiante. Quant au contrat lui-même, il nous paraît être un louage d'ouvrage parce que le courtier ne représente pas l'industriel; on a objecté qu'il n'est pas sous la subordination de ce dernier (2); mais l'entrepreneur et l'architecte, qui sont des locateurs d'ouvrage, ne sont pas davantage sous la surveillance du maître.

393. Les administrateurs d'une société anonyme sont des mandataires (3); ils représentent vis-à-vis des tiers la société dont ils font partie ; d'autre part ils ne touchent aucuns salaires, car on ne peut considérer comme tels les jetons de présence qui leur sont alloués.

Il en est de même des directeurs ou présidents de conseil d'administration nommés parmi les administrateurs de la société.

Mais le *directeur technique* choisi par une société, et chargé de gérer les affaires sociales, est un véritable locateur d'ouvrage (4), et, comme nous le verrons, il ne peut, par suite, être révoqué *ad nutum*. D'une part, ce directeur est payé ; d'autre part, il fournit ses services pour la gérance des affaires sociales ; il ne fait, du reste, que remplir les fonctions du gérant d'une exploitation commerciale, lequel est certainement un locateur d'ouvrage.

Il en est ainsi, même si le directeur technique est nommé par les statuts (5), ou par l'assemblée générale (6), ou par le conseil d'administration (7), s'il est chargé de toutes

(1) Pic, *Note*, D., 92. 2. 305.

(2) Pic, *loc. cit.*

(3) Cass. req., 6 fév. 1893, S., 96. 1. 114, D., 93. 1. 352.

(4) Cass. req., 12 déc. 1892, S., 93. 1. 72, D., 93.1.164.—Nancy, 21 juill.1891, S.,92. 2. 149 et sous Cass., D., 93. 1. 164.—Paris, 8 mars 1886, S., 87.2.166.—Paris, 19 juill. 1892, S., 93. 2. 59. — Paris, 8 août 1901, *Droit*, 6 déc. 1901.—Chambéry, 28 fév. 1900, D., 1900. 2. 503 (ingénieur-chimiste dirigeant une usine). — Besançon, 1er juil. 1900, S., 1901.2. 193.— Nancy, 22 déc. 1903, *Rec. Nancy*, 1904.7.— Trib. com. Seine, 10 nov. 1887, *Gaz. Pal.*, 88. 1. *Suppl.*, 38 (donc il ne peut stipuler un dédit en cas de révocation). — Trib. com. Seine, 15 mai 1901, *Loi*, 19 juin 1901. — V. cep. Cass. civ., 19 nov. 1889, S., 91. 1. 508 (impl.).

(5) V. cep. Paris, 13 déc. 1883, S., 84. 2. 39. — Paris, 8 mars 1886, S., 87.2.166. — Trib. Empire Allemagne, 22 oct, 1875, *Journ. dr. int.*, IV, 1877, p.552.

(6) Nancy, 21 juill. 1891, précité.

(7) Douai, 31 mars 1898, S., 98. 2. 232.

les affaires de la société [1], s'il est choisi parmi les administrateurs [2]. Dans ce dernier cas il a, indépendamment l'une de l'autre, les deux qualités, qui ne s'excluent pas, parce qu'il a deux fonctions différentes.

Le secrétaire d'un conseil de direction est aussi un locateur d'ouvrage [3].

394. Le voiturier est un locateur d'ouvrage et non un mandataire [4].

De même les personnes chargées de remettre des marchandises sont des locateurs d'ouvrage et non des mandataires [5].

395. Le capitaine d'un navire n'est pas le mandataire de l'armateur [6], c'est un locateur d'ouvrage ; il est, en effet, chargé non pas de représenter l'armateur vis-à-vis des tiers, mais de diriger et de conduire son navire ; il fournit ses soins moyennant un prix déterminé. A la vérité, il est chargé de faire divers actes pour le compte de l'armateur, tels que les achats de vivres; mais bien des locateurs d'ouvrage, à commencer par les domestiques, sont chargés de représenter

(1) Paris, 4 nov. 1886, S., 86. 2. 235 — V. cep. Paris, 13 déc. 1883, précité.— Cass., 2 juil. 1888, S., 88. 1 421, D., 89. 1. 184.— Nancy, 21 juil. 1891, précité.

(2) Nancy, 21 juil. 1891, précité. — Paris, 19 juil. 1892, précité.

(3) Trib. Utrecht, 19 nov. 1884, *Journ. dr. intern.*, XIV, 1887, p. 244.

(4) V. notre *Tr. du contr. de louage*, II, n. 1632.

(5) *Contra* Nîmes, 3 nov. 1894, *Droit*, 9 oct. 1895.

(6) Nîmes, 13 mars 1893, D., 94. 2. 135 (par suite sa renonciation à une clause de non responsabilité n'est pas opposable à l'armateur).—*Contra* Rouen, 1er mars 1893, *Rec. Rouen*, 93. 1. 113, *Journ. dr. intern.*, XX, 1893, p. 874. — Anvers, 23 avril 1885, *Jurisp. d'Anvers*, 85. 1. 373, *Journ. dr. int.*, XIII, 1886, p. 366.— Trib. com. Anvers, 27 juin 1884, *Jurispr. d'Anvers*, 84. 1. 113, *Journ. dr. intern.*, XIII, 1886, p. 366.—Charvériat, *Ann. dr. comm.*, I, 1887, *Jurisprudence*, p. 83 et II, 1888, *Doctr.*, p. 1 s.; Locré, *Esprit du C. com.*, 2e éd., II, p. 50 s.; Boulay-Paty, *Dr. comm. marit.*, I, p. 324 et 378 ; Alauzet, *Comm. du C. com.*, V, 3e éd., n. 1742; de Fresquet, *Cours de dr. com. marit.*, p. 67 et 84; Bédarride, *Du comm. marit.*, 2e éd.. I, n. 303, II, n. 357; Boistel, *Précis de dr. com*, n. 1180, 1181 et 1192 ; Paulmier, *Man. prat. du capitaine de navire*, n. 39, 51 et 381. — Cpr. Cass., 17 déc. 1884, S , 86. 1. 461.— Certains auteurs pensent que le contrat est mixte et tient à la fois du louage et du mandat.—Filleau, *Tr. de l'engagement des équipages*, 2e éd., p. 276 s.; Pardessus, *Cours de dr. com.*, 6e éd., II, n. 626; Laurin sur Cresp, *Cours de droit marit.*, I. p. 456, 606, 649 s.: Laurin, *Cours élém. de dr. comm.*, n. 1358 ; de Valroger, *Dr. marit.*, I, n. 285 et 456; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, V, n. 496.—D'autres disent que le contrat est un contrat spécial. Eloy et Guerrand, *Des capitaines, maîtres et patrons*, III, n. 1481. — Cpr. Rouen, 20 janv. 1844, S., 44. 2. 298, D. *Rép.*, v° *Dr. marit.*, n. 586 s.

quelquefois le maître et reçoivent un mandat ; ce mandat, qui dérive de leurs fonctions, n'en dénature pas le caractère.

On a invoqué en sens contraire l'article 218 du Code de commerce, qui permet à l'armateur de congédier librement le capitaine ; mais il en est de même, il en était surtout de même sous l'empire du Code civil, avant la loi du 27 décembre 1890, pour le préposé ; on a objecté aussi l'article 221 du Code de commerce, d'après lequel le capitaine répond de ses fautes légères, mais c'est à tort qu'on a vu là une solution concordant seulement avec le mandat salarié ; le locateur d'ouvrage, lui aussi, comme tout contractant du reste, répond de sa faute légère.

Au contraire, des textes très précis considèrent le capitaine comme un locateur d'ouvrage ; l'article 272 du Code de commerce lui applique les dispositions concernant les *loyers* des matelots et les loyers sont, par essence, un prix de louage ; évidemment ce n'est pas répondre à l'argument que de prétendre que l'assimilation est de pure forme.

L'article 238 du Code de commerce, d'après lequel le capitaine est tenu d'achever le voyage, n'est pas un argument moins sûr en faveur de notre doctrine, puisque le mandataire peut renoncer au mandat ; en vain dit-on que le mandataire doit une indemnité au mandant si sa renonciation préjudicie à ce dernier. Si l'article 238 du Code de commerce était l'application de l'article 2007, qui conduit à cette solution, il n'imposerait pas au capitaine des dommages-intérêts en toute hypothèse, mais seulement dans le cas où, en fait, sa renonciation préjudicierait à l'armateur.

Il n'est pas plus exact d'objecter que le capitaine, à raison des connaissances techniques qu'on exige de lui, exerce une profession libérale. Les chefs d'exploitation, les directeurs techniques des sociétés, eux aussi ont une profession libérale et, d'ailleurs, c'est une question très discutée que de savoir si les contrats passés avec les personnes exerçant des professions libérales sont des mandats ou des louages d'ouvrage ; nous avons même montré que cette dernière opinion est seule exacte.

Devant ces arguments les travaux préparatoires ne sau-

raient fournir une objection sérieuse ; d'ailleurs, s'il y est dit que « le capitaine est le mandataire des propriétaires du navire », cette idée n'est exprimée que pour justifier l'étendue de sa responsabilité [1], et nous avons vu que cette responsabilité est aussi étroite dans le louage d'ouvrage que dans le mandat salarié.

Nous avons examiné à propos du louage d'ouvrage si le capitaine est le mandataire de l'expéditeur pour faire les dépenses nécessaires à la conservation de la chose [2].

396. L'architecte n'est pas un mandataire, mais un locateur d'ouvrage, comme nous l'avons montré dans notre commentaire du titre *du Louage* [3].

Il en est de même de l'ingénieur chargé d'étudier la richesse d'une mine et le mode d'exploitation [4].

397. Le contrat passé entre un imprimeur et un auteur et par lequel tous les bénéfices sont attribués à l'imprimeur moyennant une somme fixe prélevée par l'auteur ou réciproquement, est un louage d'ouvrage et non un mandat.

Il en est de même du contrat passé entre un agent de publicité et un tiers [5].

398. L'État, dans la gestion des bois communaux, est le mandataire des communes, car il agit au nom de ces dernières et les représente vis-à-vis des tiers [6]. On objecte en vain que cette gestion a lieu dans l'intérêt général, car le mandat qui n'est pas dans l'intérêt du mandant n'a rien d'anormal ; on objecte également à tort que la commune ne choisit pas les agents chargés de gérer ses bois, car le mandat conventionnel est le seul où le mandant choisisse son mandataire.

[1] Exposé des motifs de Béguen, Locré, XVIII, p. 385, n. 8.

[2] V. notre *Tr. du louage*, II, n. 1685.

[3] II, n. 3869, 3e éd..

[4] Paris, 30 janv. 1893, *Gaz Pal.*, 93. 1. 2e p., 47.

[5] *Contra* Trib. civ. Saint-Etienne, 16 juin 1886, *Mon. jud. Lyon*, 14 sept. 1886 (qui en conclut que l'agent de publicité qui imprime les affiches et professions de foi des candidats à une élection peut agir solidairement contre eux).

[6] *Contra* Pau, 7 mars 1889, sous Cass. civ., 19 janv. 1892, S., 92. 1. 265, qui conclut logiquement que si la subrogation de la caution aux droits de la commune ne peut plus avoir lieu par la faute de l'administration forestière, la caution ne jouit pas du bénéfice de l'art. 2037.

399. Le mandat peut être mêlé de louage d'ouvrage si la même personne reçoit deux catégories de missions. Ainsi l'entrepreneur chargé d'acheter le matériel nécessaire à l'entreprise, pour le compte du maître auquel le matériel appartiendra, est, en ce qui concerne cette acquisition, un mandataire ([1]).

400. Les différences pratiques entre le mandat et le louage d'ouvrage sont principalement les suivantes:

1° S'il y a plusieurs mandants, le mandataire a contre eux une action solidaire ; au contraire, le locateur d'ouvrage n'a pas d'action solidaire contre ses cocontractants ;

2° Le locateur d'ouvrage a toujours droit à un salaire ; le mandataire n'a droit à un salaire qu'en cas de convention expresse ou tacite ;

3° La jurisprudence se reconnaît le droit de réduire le salaire du mandataire, mais non pas le salaire du locateur d'ouvrage ;

4° Le point de départ des intérêts dus par le mandataire ou par le locateur d'ouvrage n'est pas le même ;

5° Leur situation diffère en ce qui concerne la capacité des contractants ;

6° L'article 2000, qui oblige le mandant à indemniser le mandataire des pertes subies dans l'exercice du mandat, n'est pas applicable au louage d'ouvrage ;

7° Le mandant peut se réserver le droit de révoquer le mandataire salarié sans indemnité ; il en est autrement du locateur d'ouvrage depuis la loi du 27 décembre 1890 ;

8° Dans l'opinion commune, le mandat, même salarié, est unilatéral ; au contraire, le louage d'ouvrage est synallagmatique ;

9° Le mandat se termine par la renonciation ou la révocation ; au contraire, la fin du louage d'ouvrage ne peut être anticipée :

10° Le mandat même salarié n'est, d'après certains auteurs,

([1]) Paris, 9 fév. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 292. — V. aussi *supra*, n. 393.

soumis qu'à un droit fixe d'enregistrement [1], tandis que le louage d'ouvrage est passible du droit proportionnel.

§ IV. *Distinction entre le mandat et la société.*

401. Le mandat est quelquefois difficile à distinguer de la société.

Nous avons examiné, à propos de la société, le caractère du contrat par lequel un tiers chargé de gérer un immeuble abandonne la plus forte partie des loyers au propriétaire.

Y a-t-il mandat ou société dans la convention où un tiers, chargé de vendre un immeuble pour un prix déterminé, reçoit le droit de garder l'excédent du prix qu'il obtiendra sur la somme fixée ?

En principe, cette convention est un mandat : car on y trouve un mandataire, un mandant et un objet du mandat. La différence que gardera le mandataire n'est autre chose qu'un salaire éventuellement fixé [2]. Cette solution répond, du reste, à l'intention des parties ; car il est probable que le vendeur s'est implicitement réservé le droit de révoquer le contrat, et que le mandataire n'a pas voulu, au cas où la chose appartiendrait à autrui, s'engager à garantie vis-à-vis de l'acquéreur. En droit romain, Ulpien [3] ne pensait pas que les conventions de ce genre fussent des mandats, mais il se fondait uniquement sur cette raison que le mandat doit être gratuit. Ulpien reconnaissait donc que dans une législation où le mandat peut être salarié il y a là un mandat ; du reste le jurisconsulte refusait aussi de voir dans ce contrat une société, remarquant très justement que le propriétaire de la chose ne court aucun risque et ne recueille d'autre profit que celui résultant de la vente.

Pour lui, le contrat en question était un contrat innommé.

[1] Bastiné, *op. cit.*, I, n. 528. — V. cep. Wahl, *Tr. de dr. fiscal*, I, n. 480.

[2] Cass., 4 juin 1860, S., 61. 1. 75, D., 60. 1. 257. — Troplong, *Tr. du contr. de soc.*, I, n. 34 s. ; Pont, *ibid.*, I, n. 88 et 89 ; Guillouard, *ibid.*, n. 16. — *Contra* Duvergier, *Tr. du contr. de soc.*, n. 45 et 50.

[3] L. 44, D., *pro soc.*, 17. 2. — L. 13, D., *prescr verb.*, 19. 5.

Il est certain, du reste, que les parties peuvent attribuer à leur convention le caractère d'une société [1]. C'est encore ce que décidait Ulpien [2].

402. Les jurisconsultes romains se demandaient quelle était la nature du contrat en vertu duquel un propriétaire chargeait un tiers d'acheter un immeuble contigu aux propriétés de l'un et de l'autre, avec la clause que l'acheteur garderait la portion contiguë à ses propriétés et cèderait à l'autre la portion contiguë aux propriétés de ce dernier. On admettait que, suivant les circonstances, il y avait là un mandat, — si l'une des parties a voulu rendre un service à l'autre — ou une société, — si les parties ont voulu faire un achat en commun [3].

Aujourd'hui encore cette distinction est reconnue exacte [4], sauf que la plupart des auteurs, avec raison, substituent à l'idée de société celle de communauté [5], l'achat en commun constituant une communauté.

L'intérêt de la question est de savoir si la personne chargée d'acheter peut, au cas où celle qui lui a donné cette mission l'a devancée et a acheté pour son propre compte, demander, conformément au contrat, le partage de l'immeuble. Elle le peut s'il y a communauté, elle ne le peut pas s'il y a mandat, car l'achat fait par le mandant emporte révocation du mandat.

Toutefois, dans cette dernière hypothèse, on a eu tort de dire [6] que le mandataire n'a rien à réclamer. Il a droit à des dommages-intérêts, car le mandat donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire ne peut être révoqué intempestivement.

(1) Guillouard, *loc. cit.*

(2) *Loc. cit.*

(3) L. 52, pr., D., *pro. soc.*, 17. 2.

(4) Duvergier, *Tr. du contr. de soc.*, n. 52 ; Troplong, *ibid.*, n. 42 ; Guillouard, *ibid.*, n. 17 et 376.

(5) Duvergier, Troplong, Guillouard, *loc. cit.* — *Contra* Pont, *loc. cit.*

(6) Guillouard, *loc. cit.*

§ V. *Distinction entre le mandat et le prêt.*

403. La différence essentielle entre le mandat et le prêt est que l'emprunteur use des objets prêtés dans son intérêt personnel, tandis que le mandataire fait fructifier les objets qui lui sont confiés dans l'intérêt du mandant.

Ainsi, dans le cas assez fréquent où un agent d'assurances avance à l'assuré la première prime, il y a prêt et non pas mandat ni gestion d'affaires (1).

§ VI. *Distinction entre le mandat et le dépôt.*

404. D'après Pothier (2), le mandat diffère du dépôt en ce que la garde de la chose est confiée dans le mandat à un tiers afin de faire quelque chose pour l'utilité de celui qui en fait la tradition et à titre gratuit ; il y aurait contrat de louage d'ouvrage si les services étaient rémunérés.

Ce critérium est encore admis par certaines autorités (3) ; il nous paraît inexact, puisque le mandat peut aujourd'hui être salarié. Le véritable trait distinctif est que le dépositaire garde simplement les objets qui sont confiés, tandis que le mandataire les emploie dans l'intérêt du mandant et suivant les instructions de ce dernier (4).

Il n'y a donc pas dépôt dans la remise de pièces à un avoué en vue de la rédaction d'actes de procédure, car l'avoué doit garder ces pièces et les restituer après l'accomplissement de son mandat ; la garde de la chose n'est pas la fin principale du contrat : les pièces ont été confiées à l'avoué avec mis-

(1) V. cep. Trib. paix Avallon, 3 mars 1893, *Gaz. Trib.*, 1er juin 1893 (il y aurait gestion d'affaires).

(2) *Du contr. de dépôt*, n. 9.

(3) Trib. civ. Lyon, 29 janv. 1885, sous Cass., 29 juin 1887, S., 89. 1. 37. — Guillouard, *Tr. de dépôt*, n. 25.

(4) Ainsi le seul fait par le mandataire de recevoir des fonds pour le mandant ne transforme pas le mandat en dépôt. Cass. civ., 26 juin 1905. S. 1905. 1. 433, D., 1905. 1. 513. — Lyon-Caen. *Note*, S., 1905. 1. 435 ; Thaller, *Note*, D., 1905. 1. 513.

sion d'en faire un usage déterminé dans l'intérêt du client. C'est un mandat.

405. Il y a également mandat et non pas dépôt, si un tiers se charge de visiter de temps en temps un immeuble appartenant à autrui pour y faire les réparations qui seraient nécessaires (1). C'est la solution de Pothier (2).

Le tiers qui se charge de vendre un objet pour le compte du propriétaire et de le garder jusque-là est aussi un mandataire et non un dépositaire (3).

406. Le notaire est un dépositaire, s'il garde un prix d'acquisition jusqu'à l'accomplissement des formalités de la purge (4), ou le montant d'un prêt jusqu'à la vérification de la situation hypothécaire de l'emprunteur (5).

Mais le notaire est un mandataire et non pas un dépositaire s'il reçoit un prix de vente pour le remettre au cessionnaire du prix ou aux créanciers (6).

Le notaire qui, comme représentant d'un présumé absent, reçoit un capital revenant à ce dernier est également un mandataire et non pas un dépositaire (7).

407. Le tiers qui reçoit des lettres de change pour les encaisser est un mandataire et non un dépositaire (8).

Au contraire, l'acte par lequel les fondateurs d'une société, en attendant la constitution définitive, remettent à un banquier les fonds recueillis est un dépôt et non un mandat (9), car le banquier, chargé uniquement de remettre les fonds, n'a aucun rôle actif à remplir.

(1) Guillouard, *Tr. du dépôt*, n. 18.

(2) *Du contrat de dépôt*, n. 3.

(3) Paris, 16 fév. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 316. — *Contra* Trib. com. Seine, 6 oct. 1886, *Journ. trib. com.* 88. 44. — Trib. civ. Seine, 3 mars 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 465. — Trib. com. Alger, 23 avril 1902, *Journ. Trib. alg.*, 23 juil. 1902 (d'après ce jugement ce serait même un dépôt gratuit).

(4) Guillouard, *Tr. du dépôt*, n. 25.

(5) Guillouard, *Tr. du dépôt*, n. 25.

(6) Cass., 15 juil. 1865, S., 66. 1. 183, D., 65. 1. 452. — Cass., 15 juil. 1878, S., 79. 1. 299, D., 79. 1. 179. — Paris, 18 janv. 1834, S., 34. 2. 193. — Bourges, 6 mai 1851, S.. 52. 2. 429, D., 53. 2. 3. — Guillouard, *Tr. du dépôt*, n. 25.

(7) Cass., 16 fév. 1853, S., 53. 1. 254. — Guillouard, *Tr. du dépôt*, n. 25.

(8) Cass., 20 mai 1814, S. chr. — Guillouard, *Tr. du dépôt*, n. 25.

(9) Cass. req., 24 déc. 1894, S., 95. 1. 365. — Wahl, *Note*, S., 95. 1. 366.

Le fait par un débiteur de remettre à son créancier ou par une personne de remettre à une autre une pièce de monnaie ou un billet de banque à la charge de rendre la différence ou la monnaie est un mandat d'échanger la pièce ou le billet de banque contre de la monnaie, et non pas un dépôt (1). En effet, la remise n'a pas lieu à titre de garde dans l'intention des parties; d'un autre côté la restitution ne doit pas avoir lieu en nature.

408. L'intérêt de la distinction entre le dépôt et le mandat est que la responsabilité du dépositaire est moins grande que celle du mandataire (2).

On a trouvé un autre intérêt dans ce fait que l'exercice du droit de revendication du propriétaire en cas de faillite du dépositaire ou du mandataire n'est pas le même (3).

Enfin un dernier intérêt est que l'article 1924 n'est pas applicable au mandat (4).

§ VII. *Distinction entre le mandat et le cautionnement ou le nantissement.*

409. Il existe quelquefois des difficultés pour distinguer le mandat du cautionnement ; nous nous en occuperons en traitant du cautionnement.

Quant au nantissement, il n'est pas difficile d'en distinguer le mandat : le nantissement est fourni en garantie du payement d'une créance et est fait dans l'intérêt du créancier, tandis que le mandataire accomplit sur l'objet qui lui est confié les actes prescrits par le mandant, et cela dans l'intérêt de ce dernier.

(1) Cass. crim., 28 juin 1884, S., 85. 1. 189. — Pau, 8 juill. 1893, S., 94. 2. 171, D., 95. 2. 172. — *Contra* Alb. Desjardins, *Rev. crit.*, XI, 1882, p. 66 et XIV, 1895, p. 93. — Les décisions précitées sont relatives au point de savoir si le fait de remettre la monnaie d'un billet de banque inférieur à celui qu'on a reçu est un abus de confiance.

(2) Guillouard, *Tr. du dépôt*, n. 25.

(3) Cass., 13 août 1856, S., 57. 1. 637, D., 57. 1. 22. — Bourges, 6 mai 1851, S., 52.2. 429, D., 53. 2.3. — Guillouard, *loc. cit.*

(4) V. *infra*, n. 692 s.

On a décidé qu'il y a mandat et non nantissement dans le contrat par lequel un dépositaire remet à un commissionnaire les objets déposés, contre des avances d'argent, avec mandat de les vendre dans un délai déterminé à défaut de remboursement (1). Cela nous paraît inexact.

§ VIII. *Distinction entre le mandat et la gestion d'affaires.*

410. Le mandat doit être distingué de la gestion d'affaires, qui suppose également un acte fait par une personne pour le compte d'une autre, mais sans mandat de celle-ci. Ce n'est pas là, comme on paraît généralement le croire (2), la seule différence entre le mandat et la gestion d'affaires. Car le gérant d'affaires n'est pas nécessairement le *représentant* du maître, il peut accomplir pour son compte tous genres de travaux, et se rapprocher plus du locateur d'ouvrage que du mandataire.

Le notaire est un simple gérant d'affaires quand il propose un placement à une personne sans en avoir été chargé par elle (3). Ce n'est pas un mandataire, puisqu'il n'a pas été chargé du placement; il a spontanément et dans l'intérêt de son client recherché le placement qui pouvait convenir à ce dernier.

Le notaire n'est ni mandataire ni gérant d'affaires en ce qui concerne le placement s'il s'est borné à rédiger la convention ; chargé de la rédaction, il ne contracte de relations juridiques (et nous avons indiqué la nature de ces relations) que pour la rédaction (4).

Il en est de même si le notaire se contente d'indiquer un placement, sans le proposer, et par conséquent sans donner de conseils (5). Ici le notaire n'a pas recherché le placement.

(1) Trib. civ. Seine, 3 juin 1893, *Droit*, 7 juill. 1893.

(2) Guillouard, *Tr. du mandat*, n. 33.

(3) Cass. req., 2 mai 1892, S., 92. 1. 304, D., 93. 1. 316. — V. cep. Besançon, 31 déc. 1894, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 280 (ce serait un mandataire).

(4) Toulouse, 29 janvier 1894, *Gaz. Trib. Midi*, 11 mars 1894.

(5) Cass. req., 20 oct. 1891 (2 arrêts), S., 92. 1. 585, D., 93. 1. 170. — Petit, *Rapp.* sous Cass., 20 oct. 1891, précité (1er arrêt), S., 92. 1. 585.

Les conséquences de cette distinction sont, comme on le verra, très importantes au point de vue de la responsabilité du notaire.

CHAPITRE II

CAPACITÉ DES PARTIES ET PERSONNES QUI PEUVENT ÊTRE CONSTITUÉES COMME MANDATAIRES

SECTION PREMIÈRE

CAPACITÉ DU MANDANT

411. La loi n'a pas déterminé la capacité du mandant; mais cette lacune est volontaire et les principes généraux permettent de la combler facilement. En fait, c'est le mandataire qui parle et qui agit; mais en droit c'est le mandant; car le mandataire n'est qu'un instrument, il représente le mandant. Il faut donc que le mandant ait la capacité requise pour accomplir l'acte auquel le mandat se réfère; en d'autres termes la capacité du mandant se détermine par la nature de l'acte qu'il s'agit d'accomplir (1). C'est ce que disent les travaux préparatoires (2).

Ainsi la femme mariée séparée de biens peut valablement donner un mandat relatif à un acte qui ne dépasse pas les limites de son droit d'administration, par exemple le mandat d'affermer ses immeubles pour un temps ne dépassant pas neuf ans ; mais elle ne pourrait pas valablement donner le mandat de les vendre, du moins sans être autorisée comme de droit (arg. art. 1538).

De même la femme mariée ne peut, sans autorisation du mari, conférer un mandat de donner (3).

(1) Cass. req., 18 avril 1893, S., 94. 1. 5. — Amiens, 1er mars 1839, S., 40. 2. 28. — Pont, I, n. 961 ; Aubry et Rau, IV, p. 639, § 411 ; Laurent XXVII, n. 395 et 396 ; Guillouard, n. 55 ; Labbé, *Note*, S., 94.1. 8; Planiol II, n. 2239.

(2) Rapport de Tarrible au Tribunat; Fenet, XIV, p. 594.

(3) Cass. req., 18 avril 1893, S., 94. 1. 5 (le divorce n'étant définitif que par

L'autorisation dont la femme a besoin ne peut être donnée qu'à la femme, directement. Elle ne peut être donnée à son mandataire (1), car l'autorisation est exigée pour que la femme soit en mesure de s'entendre elle-même avec son mari sur l'utilité de l'acte qu'elle donne à un tiers mandat d'accomplir ; aussi tous les textes supposent-ils que l'autorisation est donnée à la femme elle-même.

Ainsi il ne suffit pas que l'autorisation soit donnée dans l'acte même qu'accomplit le mandataire (2).

Mais est-il nécessaire que l'autorisation soit concomitante au mandat ? ne peut-elle pas être remplacée par une ratification postérieure ? La question dépend de celle de savoir si la ratification donnée par le mari après l'acte fait sans autorisation valide l'acte et enlève à la femme son action en nullité. La cour de cassation, sur cette question délicate, décide la négative; elle applique sa doctrine au mandat (3).

412. La femme ne peut recevoir du mari ou de la justice l'autorisation de donner une procuration générale, car cette autorisation serait elle-même générale (4).

413. Le mineur émancipé peut constituer un mandataire pour les actes d'administration qu'il a le droit de faire (5). C'était la solution de l'ancien droit (6).

La personne pourvue d'un conseil judiciaire peut également conférer mandat de faire les actes d'administration (7).

la transcription du jugement, la femme jusque-là ne peut conférer un mandat de donner). — Labbé, *Note*, S. 94. 1. 8.

(1) Labbé, *Note*, S., 94. 1. 8.

(2) Cass. req., 18 avril 1893, S., 94. 1. 5. — Labbé, *loc. cit.*

(3) Cass. req., 18 avril 1893, précité. — Labbé, *loc. cit.*

(4) Cass., 19 mai 1840, S., 41. 1. 773. — Cass., 19 juin 1844, S., 44. 1. 492. — Cass., 10 fév. 1853, S., 53. 1. 145, D., 53. 1. 76. — Cass., 1er mai 1853, S., 53. 1. 572, D., 53. 1. 160. — Cass., 1er fév. 1864, S., 64. 1. 224, D., 64. 1. 423. — Cass. civ., 4 juil. 1888, S., 91. 1. 113 (procuration générale relative au commerce des deux époux). — Pont, I, n. 906 et 907 ; Aubry et Rau, IV, p. 641, § 412, notes 4 et 5 ; Laurent. XXVII, n. 412 s. ; Guillouard, n. 76 *bis*. — V. *infra*, à propos de la substitution.

(5) Guillouard, n. 55.

(6) Arrêt de Grenoble, 4 sept. 1449, cité par Chorier, *La jurisp. de Guy Pape*, 2e édit., 1769, liv. V, sect. I, art. 3, p. 283, n. 35. — Cet arrêt exige que le mineur prête serment.

(7) Guillouard, n. 55.

414. Le mandat peut être conferé par une société.

Mais comme il peut l'être également par les associés, il est quelquefois difficile de savoir si les associés ont agi en leur nom personnel ou comme représentant la société. C'est un point sur lequel le juge du fait est souverain [1].

414 *bis*. S'il y a stipulation d'un salaire, le mandant doit être capable de promettre le salaire, c'est-à-dire de s'obliger [2].

415. La capacité du mandant doit être appréciée au moment où le mandat est donné [3].

416. Le mandat donné par un incapable est nul [4]. En ce qui concerne les effets de la nullité, on applique les règles du droit commun.

Ainsi l'acte accompli par le mandataire est également nul [5].

L'acte passé par le mandataire est nul malgré la bonne foi de ce dernier et du tiers avec lequel il traite [6] ; on ne peut assimiler l'acte accompli par le mandataire d'un incapable à l'acte accompli par un mandataire dont les pouvoirs ont cessé.

La nullité n'est pas couverte par ce seul fait que l'incapable devient capable [7].

SECTION II

CAPACITÉ DU MANDATAIRE

417. L'article 1990 est ainsi conçu : « *Les femmes et les « mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires ; « mais le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur « que d'après les règles générales relatives aux obligations*

(1) Cass. req., 4 juill. 1893, S., 94. 1. 166, D., 93. 1. 472.
(2) Planiol, II, n. 2239.
(3) Pont, I, n. 962 ; Guillouard, n. 55.
(4) Cass. req., 18 avril 1893, S., 94. 1. 5.
(5) Cass. req., 18 avril 1893, précité.
(6) Cass., 14 janvier 1862, S., 62. 1. 398, D., 62. 1. 168. — Pont, I, n. 962 ; Laurent, XXVII, n. 400 ; Guillouard, n. 55. — V. cep. Aix, 19 nov. 1889, *Gaz. Trib.*, 4 janvier 1890.
(7) Pont, I, n. 962 ; Guillouard, n. 55.

« *des mineurs, et contre la femme mariée et qui a accepté* « *le mandat sans autorisation de son mari, que d'après les* « *règles établies au titre* du Contrat de mariage et des droits « respectifs des époux. » Les fonctions de mandataire peuvent donc être remplies par un incapable, non seulement par une femme mariée ou par un mineur émancipé, mais aussi par un mineur non émancipé ou un interdit (1) ; la loi n'a pas parlé de ces derniers incapables, parce qu'en pratique on ne songera guère à leur confier un mandat; mais ce n'est nullement dans une pensée d'exclusion. La raison pour laquelle un incapable peut être investi d'un mandat, est qu'en droit, sinon en fait, ce n'est pas le mandataire qui contracte ; par conséquent son incapacité de contracter est indifférente. Le mandant est libre de donner sa confiance à qui bon lui semble. Si l'incapable sur lequel il a fixé son choix trompe ses espérances, lui seul en souffrira, puisqu'il assume la responsabilité de tout ce que son mandataire fera dans la limite de ses pouvoirs.

Quant au tiers avec lequel le mandataire contracte, une seule chose l'intéresse, c'est que les pouvoirs du mandataire soient réguliers (2).

Déjà dans l'ancien droit l'incapable pouvait être constitué mandataire (3).

Par exception, « celui qui ne peut s'obliger ne peut pas être exécuteur testamentaire » (C. civ. 1028), de sorte que ce mandat ne peut être conféré à la femme mariée ou au mineur (C. civ. 1029 et 1030). Cette règle provient de ce qu'ici le droit commun relatif aux suites du mandat conféré à un inca-

(1) Rouen, 27 février 1855, S., 56. 2. 22, D., 56. 2. 275. — Rouen, 1er mars 1895, *Gaz. Trib.*, 18 août 1895. — Troplong, n. 332 ; Aubry et Rau, IV, p. 639, § 411, note 10 ; Laurent, XXVII, n. 397 ; Guillouard n. 56 ; Planiol, II, n. 2240.

(2) Rapport de Tarrible au Tribunat, Fenet, XIV, p. 595.

(3) V. pour le fils de famille, Chorier, *op. cit.*, liv. V, sect. 1, art. 3, quest. 54, p. 283 ; Durand de Maillane, *Instit. du dr. canon.*, VI, 1770, liv. III, tit. 2, p. 309 (le fils de famille doit avoir 17 ans pour être constitué procureur extrajudiciaire, 25 ans pour être constitué procureur judiciaire). Les évêques et les prêtres ne pouvaient être procureurs, les moines ne pouvaient être constitués que par leur monastère et seulement en cas de nécessité. Durand de Maillane, *op. cit.*, p. 345.

pable serait injuste: ce sont les héritiers qui seraient frustrés par le choix auquel ils n'ont pas participé (1).

418. De ce que le mandat donné à un incapable est valable, il résulte que dans les rapports du mandant avec les tiers le mandat conféré à un incapable produit exactement les mêmes effets que le mandat conféré à une personne capable: le mandataire représente le mandant ; il l'oblige envers les tiers avec qui il contracte, et oblige ceux-ci envers lui.

Il n'en est plus de même, si l'on envisage les rapports du mandant avec le mandataire incapable. Ce dernier peut se prévaloir de son incapacité à l'égard du mandant, qui le recherche à raison de l'exécution du mandat. Ainsi la femme mariée, qui a accepté un mandat sans l'autorisation de son mari, peut se prévaloir de son incapacité pour échapper à la responsabilité résultant des fautes qu'elle a commises dans sa gestion ou de l'inexécution de ses obligations (2). Il en est de même du mineur.

Toutefois l'incapable est responsable de son délit, conformément au droit commun (arg. art. 1310) (3)

De même le mandataire incapable doit restituer les valeurs touchées pour le compte du mandant dans les limites de son enrichissement (C. civ., art. 1312) (4).

SECTION III

PERSONNES QUI PEUVENT ÊTRE CONSTITUÉES COMME MANDATAIRES

419. En principe, le mandant a le droit de choisir librement son mandataire (5).

Ainsi la femme,qui n'a pas le droit de gérer les biens propres au mari ou les biens communs, peut recevoir du mari le mandat irrévocable de faire cette gestion (6).

(1) Demolombe, XXII, n. 24 ; Guillouard, n. 57.

(2) Rouen, 1er mars 1895, *Gaz. Trib.*, 18 août 1895. — Valette sur Proudhon, *Tr. des personnes*, I, p. 462, note a; Demolombe, IV, n. 168; Bertin, *Chambre du conseil*, 3e éd., II, n. 824; Aubry et Rau, IV, p. 639, § 411 ; Guillouard, n. 58.

(3) Rouen, 1er mars 1895, précité. — Aubry et Rau, IV, p. 639, § 411; Guillouard, n. 58.

(4) Pont, I, n. 966 ; Aubry et Rau, IV, p. 639. § 411 ; Guillouard, n. 56.

(5) Chambéry, 4 mai 1891, *Gaz. Trib.*, 27 mai 1891.

(6) Demolombe, *Tr. du mar.*, II, n. 204; Laurent, III, n. 112 et XXII, n.100 et

420. Un greffier peut représenter une partie devant le tribunal auprès duquel il exerce ses fonctions (1).

Mais il ne peut, dans l'affaire où il est mandataire, remplir son office de greffier (2); on admet du reste généralement qu'il ne le peut pas davantage dans une affaire où il est partie (3).

421. Le mandat peut même être donné en blanc, c'est-à-dire en laissant un vide à la place destinée au nom du mandataire (4).

Dans ce cas, le mandataire sera librement choisi par la personne à laquelle l'acte sera remis (5).

Si le mandat est donné en blanc, le mandataire dont le nom est placé dans l'espace laissé en blanc et qui a accepté le mandat est tenu de rendre compte du mandat, sans pouvoir soutenir qu'il était le prête-nom d'un autre mandataire(6).

422. Il y a cependant quelques catégories de personnes qui ne peuvent recevoir certains mandats.

Par exemple, l'huissier de service auprès d'un tribunal ne peut figurer comme mandataire auprès de ce tribunal (7).

423. L'article 76 du Code de commerce accorde aux agents de change un monopole pour la négociation des effets publics. Ce monopole est, d'après la jurisprudence, sanctionné par la nullité de l'opération effectuée sans l'intermédiaire d'un agent de change et du mandat de faire cette opération (8) (en dehors de la sanction pénale dirigée contre ceux qui s'immiscent dans les fonctions de l'agent de change).

102 ; Aubry et Rau, V, p. 331, § 509, note 20 ; Guillouard, *Tr. du contrat de mar.*, II, n. 875 ; Lacoste, *Note*, S., 91. 1. 113 ; Planiol, II, n. 2240 *bis*.

(1) Cass. civ., 3 fév. 1892, S., 92. 1. 185 (impl.).

(2) Cass. civ., 3 fév. 1892, précité.

(3) Cass., 26 mars 1863, *Bull. crim.*, n. 98.—Douai, 17 août 1877, S., 78.2.229.

(4) Troplong, n. 103 ; Pont, I, n. 860 ; Laurent, XXVII, n. 391; Guillouard, n. 39.

(5) Troplong, *loc. cit.*; Pont, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Guillouard, *loc. cit.*

(6) Ainsi, dans le cas d'une procuration en blanc confiée à un notaire, et où ce dernier a inséré le nom d'un de ses clercs, le clerc ne peut soutenir que le notaire a été réellement mandataire.— Trib. civ. Angers, 5 mai 1891, *Rec. d'Angers*, 91. 187.

(7) Cass., crim., 15 mars 1862, S., 62. 1. 1008.

(8) Cass. req., 28 fév. 1881, S., 81. 1, 289.—Cass. req., 19 déc. 1881. S., 82. 1.

On a dit que la nullité résulte implicitement de l'article 76 du Code de commerce [1] ; ce texte, à la vérité, ne prononce pas la nullité expressément ; mais il est, dit-on, de règle que toute prohibition de la loi édictée dans un intérêt général est sanctionnée par la nullité. Du reste, l'article 7 de la loi du 28 ventôse an IX disait aussi, comme l'article 76 du Code de commerce : « Les agents de change ont seuls le droit... », et cependant l'article 7 de l'arrêté du 27 prairial an X le considérait comme édictant la nullité : « Conformément à l'article 7 de la loi du 28 ventôse an IX, toutes négociations faites par des intermédiaires sans qualité sont déclarées nulles. » — Cela est loin d'être décisif; nous négligeons l'arrêté de prairial, qui n'est pas qualifié pour interpréter un texte législatif et, surtout, ne peut donner le sens d'une loi qui lui est postérieure. D'autre part, il est faux que toute prohibition d'intérêt général soit sanctionnée par la nullité. Il est, au contraire, certain qu'en général une contravention à un monopole n'est pas sanctionnée par la nullité. Il n'y a d'exception que pour les monopoles créés dans le but de constater une convention; ainsi une donation

262. — Cass., 21 et 22 avril et 29 juin 1885, S., 85. 1. 249. — Cass. civ., 6 juill. 1886, D., 87. 1. 25. — Cass. civ., 8 fév. 1888, S., 88. 1. 312, D., 88. 1. 311. — Cass. req., 8 fév. 1897, S., 97. 1. 391. — Cass. req., 15 fév. 1897, D., 97. 1. 520. — Cass., 7 nov. 1898, S., 99. 1. 269. — Cass., req., 28 oct. 1902, S., 1903. 1. 316. — Paris, 2 juin 1881, S., 83. 2. 129. — Paris, 1er fév. 1882, S., 83. 2. 129. — Amiens, 22 fév. 1882, S., 83. 2. 129. — Toulouse, 2 août 1882, S., 83. 2. 129. — Paris, 29 sept. 1882, S., 83. 2. 129. — Paris, 21 nov. 1882, S., 83. 2. 129. — Besançon, 27 déc. 1882, S., 83. 2. 129. — Amiens, 2 juin 1887, D., 88. 2. 94. — Paris, 16 juin 1888, *Gaz. Trib.*, 25 sept. 1888. — Paris, 5 mai 1894, D., 95. 2. 441. — Caen, 20 déc. 1901, D., 1904. 2. 337. — Trib. com. Seine, 29 décembre 1887, *Gaz. Trib.*, 14 janv. 1888. — Trib. com. Seine, 22 janv. 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 343 et les arrêts cités dans les notes suivantes. — Alauzet, *Comm. du C. com.*, III, n. 894 ; Guillard, *Des opér. de bourse*, ch. V. ; Bozérian, *La bourse*, I, n. 386; Bédarride, *Des bourses*, n. 220; Barberot, *Du monop. des ag. de change*, p. 113 ; Deloison, *Tr. des val. mob.*, n. 495; Bertauld, *Concl.* sous Cass., 28 fév. 1881, S., 81. 1. 293 ; Crépon, *Rapport* sous Cass., 28 fév. 1881, S., 81. 1. 293 ; Buchère, *Des opérations de bourse*, 3e éd., n. 134 ; Labbé, *Note*, S., 81. 1. 289 ; Laurin, *Cours de droit com.*, n. 140; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de droit com.*, IV, n. 906 et *Manuel de dr. com.*, n. 767 ; Boistel, *Note*, D., 95. 2. 441 et *Précis de dr. com.*, n. 662 ; Bailly. *De la nullité des opérations de bourse réalisées par l'intermédiaire des coulissiers*, *Ann. dr. com.*, I, 1886-87, *Doctr.*, p. 207 s.; Pic, *Note*. D., 97. 1. 177.

[1] Bailly, *op. cit.*, p. 209; Bertauld, *loc. cit.*

ou un contrat de mariage sous seing privé sont nuls parce que la présence du notaire, exigée par la loi, a pour but d'assurer la sincérité de l'acte ou la liberté des consentements. Or le monopole des agents de change, comme tous les monopoles créés *pour réaliser une négociation*, n'a pas cet objet; le consentement des parties est aussi libre quand elles s'adressent à un coulissier; le seul droit qui soit méconnu est le privilège des agents de change et une répression pénale est suffisante. On n'a jamais songé à soutenir qu'une vente de meubles aux enchères faite sans l'intermédiaire d'un commissaire priseur fût nulle (1).

D'après la jurisprudence et la majorité de la doctrine (2), la nullité n'est pas édictée par le Code de commerce et résulte des textes plus anciens, lesquels ne sont pas abrogés, la loi du 15 septembre 1807 (art. 2) n'abrogeant que les lois relatives à des matières sur lesquelles a statué le code. La nullité se base, en conséquence, sur les textes précités de ventôse an IX et de prairial an X, ainsi que sur les arrêts du conseil des 24 septembre 1724 (art. 18) et 26 nov. 1781 (art. 13). La preuve, dit-on, que les textes de l'ancien droit sont, en cette matière, restés en vigueur, c'est que l'article 3 de la loi du 28 mars 1885 prend la peine d'abroger certains d'entre eux.

Ces considérations paraissent mal fondées (3). Si la loi de 1885 prend la peine d'abroger certains textes anciens, ce n'est pas qu'ils fussent encore en vigueur, c'est parce que, la jurisprudence continuant à les appliquer, on ne pouvait les faire disparaître de la pratique que par une abrogation. L'article 2 de la loi du 15 septembre 1807 a déclaré abrogés tous les textes anciens relatifs aux matières qu'il traite; comme l'article 76 du Code de commerce s'occupe du monopole des agents de change, les rapports dérivant d'un contrat entre un particulier et un intermédiaire illégal ne

(1) Wahl, *Note*, S., 97. 1. 385.

(2) V. les arrêts précités. — Bozérian, *loc. cit.*; Guillard, *loc. cit.*; Alauzet, *loc. cit.*; Bédarride, *loc. cit.*; Boistel, *loc. cit.*; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*; Bailly, *op. cit.*, p. 210.

(3) Wahl, *Note*, S., 97. 1. 385.

peuvent être empruntés à l'ancien droit. On objecte que le Code de commerce ne traite pas de la matière de la nullité des opérations; mais il est impossible de comprendre comment la défense de s'immiscer dans les fonctions des agents de change et la nullité résultant de cette défense constitueraient deux matières différentes.

Dans tous les cas, l'ancien texte de 1724 a été abrogé par la loi de 1885; c'est à tort qu'on a essayé de limiter cette abrogation aux dispositions rentrant dans la loi de 1885, c'est-à-dire concernant les marchés à terme, car une abrogation prononcée par la loi en termes absolus ne peut être restreinte. Et c'est bien ainsi que l'entend la cour de cassation (1). Il est vrai que l'arrêt de 1781 n'a pas été abrogé par la loi de 1885. Mais ce texte, nous le répétons, a été abrogé par la loi de 1807.

On peut même soutenir que l'abrogation de ce texte et de celui de 1724 est plus ancienne ; la loi du 17 mars 1791 (art. 2) ayant aboli le monopole des agents de change, toutes les sanctions civiles et pénales attachées au monopole se sont évanouies de plein droit. Le rétablissement ultérieur du monopole n'a pu suffire à les faire revivre et la preuve en est que de nouveaux textes ont été jugés nécessaires pour établir des sanctions criminelles. La sanction civile de la nullité a été également reproduite par un arrêté des consuls du 27 prairial an X, article 7 ; mais ce texte, qui n'avait pas pour intention de légiférer, et qui, d'ailleurs, n'émanait pas de l'autorité législative, se contentait de dire que les opérations illégales seraient nulles « conformément à l'article 7 de la loi du 28 ventôse an IX », lequel, en réalité, édicte exclusivement des sanctions pénales.

Un certain nombre de décisions judiciaires et d'auteurs se fondent sur le caractère illicite du mandat, duquel ils concluent à l'application de l'adage *in pari causa turpitudinis, melior est causa possidentis* (2). Mais, tout d'abord, d'après la jurisprudence la plus récente, cet adage n'est plus en vigueur

(1) Cass., 8 fév. 1888, précité.

(2) Aix, 27 nov. 1879 sous Cass., 28 fév. 1881, précité. — Barberot, *loc. cit.*; Bertauld, *loc. cit.* ; Labbé, *loc. cit.* ; Deloison, *loc. cit.*

et, par suite, le mandat d'accomplir une opération de bourse sans intermédiaire d'agent de change n'empêcherait pas le client de réclamer au coulissier ou banquier les fonds ou les titres provenant d'une vente ou d'un achat; tout ce qui serait vrai, c'est que les parties ne pourraient se contraindre à l'exécution du mandat. D'autre part ce fondement ne peut être évidemment appliqué qu'à l'hypothèse où le client a voulu d'avance que l'opération fût faite sans l'intervention d'un agent de change; le client de bonne foi serait donc privé de toute protection contre l'intermédiaire illégal, tandis que le client de mauvaise foi serait assuré de cette protection; cette distinction, contraire à la jurisprudence, est en outre condamnée par l'équité. Peut-on même dire que le client de mauvaise foi ait donné un mandat illicite? Le mandat ne porte que sur un objet licite, à savoir la négociation d'effets; ce qui est illicite, ce sont les moyens à l'aide desquels le mandataire reçoit l'autorisation de la réaliser: ce n'est pas là l'objet d'un mandat, d'abord parce que le mandat suppose un ordre ou une défense et que l'intermédiaire ne reçoit pas défense de s'adresser à un agent de change, ensuite parce que le moyen de réaliser une opération prescrite n'est qu'une clause accessoire du contrat (1).

Dans une autre opinion, la nullité repose sur ce que, par une présomption légale *juris et de jure*, l'opération de bourse pratiquée sans l'intermédiaire d'un agent de change est un jeu (2). Mais cette présomption n'est écrite nulle part; elle est contraire aux faits, car en quoi un marché au comptant ressemble-t-il à un jeu? En vain se base-t-on sur l'article 17 de l'arrêt de 1724, qui, pour justifier le refus de l'action, part de l'idée que l'opération constitue généralement une « vente simulée ». Ce texte, nous l'avons dit, est abrogé; d'ailleurs ce n'est là, comme il le dit lui-même, que le motif de la prohibition et non son fondement juridique (3).

(1) Wahl, *Note*, S., 97. 1. 386.

(2) Cass. req., 9 déc. 1895, S., 97. 1. 385, D., 97. 1. 177. — Paris, 5 déc. 1881, S., 82. 2. 55. — Bertauld, *Conclusions*, S., 81. 1. 293; Louiche-Desfontaines, *Note*, *Pand. franç.*, 92. 2. 209; Boistel, *Note*, D., 93. 2. 17.

(3) Wahl. *Note*, S., 96. 1. 386.

424. Quelques auteurs soutiennent avec raison que la négociation n'est pas frappée de nullité [1]. La loi ne l'édicte pas et divers textes démontrent qu'en général la prohibition d'accomplir un acte n'est sanctionnée que par une amende (C. pén., 175 et 176); les textes anciens, nous l'avons dit, sont abrogés, car la matière des opérations de bourse est réglée par le Code de commerce; en tout cas les textes du droit intermédiaire ne parlent pas de nullité, sauf l'arrêté de prairial, qui, nous l'avons montré, n'avait pas qualité pour édicter cette nullité. Enfin, nous répétons que l'arrêt de 1724 a été abrogé par la loi de 1807 et celle du 28 mars 1885 sur les marchés à terme et que les arrêts postérieurs, dont la plupart ne font pas mention de la nullité, ont été aussi abrogés dès 1807.

425. En tout cas, si l'intermédiaire s'est adressé à des agents de change pour certaines des opérations qui lui avaient été confiées et à des coulissiers pour le surplus, le marché n'est nul qu'en ce qui concerne ces dernières [2].

426. C'est à l'intermédiaire qu'il appartient de prouver qu'il s'est adressé à un agent de change [3]. Car tout mandataire est tenu de justifier qu'il a régulièrement accompli le mandat.

427. D'après la jurisprudence, l'effet susceptible d'être coté

(1) Daniel de Folleville, *De la possession des meubles*, n. 295; Salzedo, *La coulisse et la jurisprudence*, p. 89; Wahl, *Tr. théor. et prat. des titres au porteur*, II, n. 969 et *Note*, S., 97. 1. 386. — Cpr. de la Pradelle et Lévy-Ulmann, *Ann. dr. com.*, X, 1896, p. 136 s.

(2) Trib. civ. Carpentras, 26 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 643. — *Contra* Paris, 5 mai 1894, D., 95. 2 441. — Boistel, *Note*, D., 95.2.441.

(3) Cass. civ., 29 mai 1883, S., 84. 1. 120, D., 83. 1. 418. — Cass. civ., 16 juin 1885, S., 85. 1. 251. — Paris, 16 juin 1882, S., 82. 2. 177. — Paris, 21 nov. 1882, S., 83.2.120. — Paris, 21 nov. 1882 (autre arrêt), S., 83.2.12. — Besançon, 27 déc. 1882, S., 83. 2. 129. — Orléans, 10 avril 1883, S., 84. 2. 125. — Orléans, 5 janv. 1884, S., 85. 2.54. — Lyon, 14 juin 1887, *Mon. jud. Lyon*, 24 sept. 1887. — Lyon, 20 nov. 1889, *Gaz. Pal*, 90.1.98. — Paris, 23 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 93.1.526. — Lyon, 28 avril 1894, *Droit*, 23 janv. 1895. — Trib. com. Seine, 20 juin 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 157. — Trib. com. Seine, 8 déc. 1892, *Journ. trib. com.*, 1894, p. 91. — Trib. com. Seine, 20 déc. 1892, *Journ. trib. com.*, 1894, p. 111. — Thaller, *Rev. crit.*, XII, 1883, p. 368 et XIV, 1885, p. 280; Bailly, *op. cit.*, p. 214. — *Contra* Paris, 10 mars 1882, S., 82. 2. 177. — Paris, 1er avril 1882, S. 82. 2. 177. — Paris, 16 juin 1882, S., 82.2.177. — Trib. com. Bordeaux, 3 juin 1889, *Gaz. Pal.*, 90. 1. *Suppl.*, 31. — Lyon-Caen et Renault, *Traité*, IV, n. 913.

est celui qui, par une délibération de la chambre syndicale, a été admis à la cote (1).

Dans une autre opinion, c'est l'effet dont la circulation est assez active pour que la cote en soit désirable (2).

D'autres vont plus loin encore et étendent le monopole des agents de change à tous les effets publics (3).

428. L'intermédiaire d'un agent de change n'est pas obligatoire en cas de négociation directe, c'est-à-dire en cas d'opération faite entre les deux contractants sans aucun intermédiaire (4) ; l'article 4 de l'arrêté du 27 prairial an X le dit formellement.

Cela est vrai du marché au comptant (5).

(1) Cass. civ., 1er juill. 1885, S., 85. 1. 257. — Cass. civ., 9 mars 1886, S. 86.1. 208. — Lyon, 12 août 1886, *Loi*, 12 mars 1887. — Lyon, 18 juin 1886, *Rev. des soc.*, 87. 215. — Lyon, 4 janv. 1889, *Mon. jud. Lyon*, 8 avril 1889. — Aix, 9 mai 1889, *Rec. Marseille*, 89. 1. 220. — Paris, 11 mars 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 563. — Paris, 6 mars 1896, D., 97. 2. 117. — Trib. civ. Seine, 26 avril 1850, sous Paris, 30 mai 1851, S., 51. 2. 508. — Trib. civ. Seine, 10 oct. 1850, sous Paris, 11 juill. 1851, S., 51. 2. 511. — Trib. civ. Seine, 21 juillet 1886, *Loi*, 3 nov. 1886. — Trib. comm. Marseille, 17 janv. 1889, *Rec. Marseille*, 89. 1. 131. — Trib comm. Marseille, 12 juill. 1889, *Rec. Marseille*, 89. 1. 296. — Trib. comm. Seine, 30 juin 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 157. — Trib. civ. Seine, 14 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 93.1.425. — Cpr. Cass. civ., 16 juin 1885, S., 85. 1. 251. — Alauzet, *Comm. C. Comm.*, II, n. 681 et 682 ; Buchère, *Tr. des op. de bourse*, n. 259 ; Ruben de Couder, *Dict. dr. comm.*, v° *Agent de change*, n. 93 ; *Note*, S., 85. 1. 257.

(2) Bozérian, *La Bourse*, I, n. 45 ; Thaller, *Rev. crit.*, XV, 1886, p. 296 ; Lyon Caen et Renault, *loc. cit.* (à condition, en outre, que la négociation ne soit prohibée par aucune loi).

(3) Paris, 30 mai 1851, S., 51. 2. 508. — Paris, 11 juill. 1851, S., 51. 2. 511. — Cuénot, *Note*, P., 54.2. 131 ; Labbé, *Note*, S., 81. 1. 290 ; Thaller, *Ann. de dr. comm.*, I, 1886-1887, *Doct.*, p. 171.

(4) Rivière, *Rép. écrites sur le C. comm.*, p. 235 ; Boistel, n. 662 ; Ruben de Couder, v° *Agent de change*, n. 94 ; Labbé, *Note*, S., 81. 1. 289, — et les autorités citées aux notes suivantes.

(5) Cass. req., 26 mai 1886, S., 86. 1. 349, D., 87. 1. 383. — Cass. civ., 22 avril 1885, S., 85. 1. 249, D., 85. 1. 273. — Cass. civ., 11 déc. 1888, S., 89. 1. 112, D., 89. 1. 239. — Cass. req., 20 mai 1889, S., 92.1.390, D., 90. 1. 250. — Aix, 23 mai 1887, D., 88. 2. 73. — Paris, 10 juin 1882, D., 83. 2. 88. — Orléans, 24 mai 1883, D., 84. 2. 148. — Cass. civ., 21 mars 1893, S., 93. 1. 241, D., 94. 1. 19 (motifs). — Paris, 30 juin 1894, S., 95. 2. 257 et 262. — Paris, 2 nov. 1895, D., 96. 2. 141. — Paris, 30 janv. 1882, D., 83. 2. 87. — Trib. comm. Seine, 18 janv. 1886, *Journ. des soc.*, 88. 737. — Trib. civ. Seine, 13 mars 1891, *Droit*, 3 avril 1891. — Orléans, 20 nov. 1886, S., 87. 2. 49. — Paris, 22 mars 1890, *Droit*, 7 oct. 1890. — Orléans, 4 juin 1892, D. 96. 2. 161. — Trib. civ. Seine, 16 mars 1893, *Droit*, 27 avril 1893. — Rouen, 22 juill. 1896, S., 97. 2. 115. — Trib. comm.

Cela n'est pas moins vrai du marché par différences (1). Car aucune distinction n'est faite par la loi. Il serait, du reste, singulier que le monopole de l'agent de change fût particulièrement étendu quand il s'agit d'un marché qui, jusqu'à une époque très récente, n'était pas reconnu par la loi. En outre, comme on l'a fort bien dit, la solution contraire va contre l'esprit de la loi du 28 mars 1885, qui, en abrogeant l'exception de jeu, s'est proposé pour but d'éviter aux tribunaux la recherche de l'intention des parties; or, pour savoir si le monopole de l'agent de change annule le marché, il faudrait déterminer le caractère du marché.

Pour les marchés à terme, la jurisprudence n'admet pas la validité d'une négociation directe (2), à moins cependant que la vente ne soit faite sous des conditions que n'agréeraient pas les agents de change; tel serait le cas d'une vente à tempérament de valeurs à lots (3).

De même on décide que le ministère des agents de change n'est pas obligatoire pour les négociations qui doivent se faire à des termes autres que les termes admis par les agents de change pour les opérations de bourse (4).

Le changeur peut acheter des titres ou revendre les titres qu'il a achetés sans porter atteinte au monopole des agents

Seine, 4 sept. 1889, sous Cass., 15 janv. 1894, S., 94. 1. 117. — Besançon, 21 août 1883, sous Cass., 22 avril 1885, S., 85. 1. 249. — Bordeaux, 3 mars 1885, S., 85. 2. 150. — Toulouse, 4 mars 1885, sous Cass., 29 juin 1885, S., 85. 1. 249. — Lyon-Caen et Renault, *Traité*, IV, n. 898 et 1007 ; Lyon-Caen, *Note*, S., 93. 1. 241 ; Lacour, *Note*, D., 94. 1. 9. — Pardessus, *Cours de dr. comm.*, I, n. 129 ; Boistel, *op. cit.*, n. 662 ; Buchère, *Tr. des op. de bourse*, n. 258 ; Ruben de Couder, v° *Agent de change*, n. 94. — *Contra* Toulouse, 2 août 1882, D., 83. 2. 84. — Pic, *Note*, D., 97. 1. 177.

(1) Lyon-Caen, *Note*, S., 93. 1. 241 ; Lacour, *Note*, D., 94. 1.9. — *Contra* Cass. civ., 21 mars 1893, précité. — Trib. civ. Seine, 4 sept. 1889, sous Cass., 15 janv. 1894, S., 94. 1. 117. — Trib. civ. Seine, 7 nov. 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 562.

(2) Cass., 21 mars 1893, S., 93. 1.241, D. 94. 1.9. — Paris, 30 juin 1894, S., 95. 2. 257 et 262. — Paris, 2 nov. 1895, précité. — *Contra* Rouen, 19 mars 1891, *Rec. Rouen*, 91. 1. 70. — Trib. comm. Seine, 24 mars 1891, *Gaz. Trib.*, 12 avril 1891. — Lyon-Caen, *Note*, S., 93. 1. 241; Pic, *Ann. dr. com.*, 1894, *Doctr.*, p. 317.

(3) Trib. comm. Seine, 24 mars 1891, précité. — Trib. comm. Seine, 17 janv. 1894, *Journ. Trib. comm.*, 95. 172.

(4) Trib. com. Marseille, 12 juill. 1889, *Rec. Marseille*, 89. 1. 290.

de change (1), car il ne remplit pas alors le rôle d'un intermédiaire.

Mais il en est autrement si le changeur reçoit des titres que son client le charge de vendre ou de l'argent pour des titres qu'il est chargé d'acheter (2).

429. S'il y a contestation sur le point de savoir si le coulissier ou toute personne avec laquelle le contrat a été passé était un intermédiaire ou un contractant, le client qui soutient la première opinion et veut se soustraire à ses engagements doit démontrer l'exactitude de sa prétention (3).

Le fait que le cocontractant a réclamé des frais de courtage fait présumer qu'il était un intermédiaire (4).

430. Il suit de la nullité admise par les autorités les plus nombreuses que l'intermédiaire n'a aucune action en exécution contre son client (5). Sans doute, la nullité n'a pas été établie dans l'intérêt de ce dernier, mais elle a été établie dans l'intérêt du crédit public, c'est-à-dire dans un intérêt

(1) Cass. req., 20 mai 1889, S., 92. 1. 390, D., 90. 1. 250. — Paris, 20 janv., 16 juin et 10 juill. 1882, S., 82. 2. 177 et S., 83. 2. 129, D., 83. 2. 81. — Orléans, 24 mai 1883, D., 84. 2. 148. — Boistel, *Note*, D., 93. 2. 17.

(2) Cass. req., 13 mars 1889, S., 92. 2. 376, D., 90. 1. 472. — Paris, 5 mars 1892, D., 93. 2. 17. — Boistel, *Note*, D., 93. 2. 17.

(3) Paris, 10 juill. 1882, S., 83. 2. 129, D., 83. 2. 81. — V. cep. Trib. civ. Digne, 8 mai 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 31.

(4) Trib. civ. Digne, 8 mai 1895, précité.

(5) Cass. req., 28 fév. 1881, précité. — Cass. req., 19 déc. 1881, S., 82. 1. 262. — Cass., 22 avril et 29 juin 1885, S., 85. 1. 249. — Cass., 8 fév. 1888, S., 88. 1. 312, D., 88. 1. 311. — Cass. civ., 29 juill. 1896, S., 96. 1. 521. — Cass. req., 8 fév. 1897, S., 97. 1. 391. — Paris, 5 déc. 1881, S., 82. 2. 55. — Paris, 10 mars, 1er avril, 16 et 22 juin 1882, S., 82. 2. 177, D., 83. 2. 81. — Besançon, 27 déc. 1882, S., 83. 2. 129. — Orléans, 10 avril 1883, S., 84. 2. 125. — Aix, 29 déc. 1885, *Bull. d'Aix*, 86. 275. — Amiens, 2 juin 1887, D., 88. 2. 94. — Paris, 8 mai 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 424. — Paris, 12 mai 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 74. — Paris, 21 déc. 1889, D., 90. 2. 304 (motifs). — Paris, 4 mars 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 1. 684. — Paris, 30 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1, 2e p., 27. — Rouen, 18 janv. 1893, *Gaz. Trib.*, 5 avril 1893. — Paris, 2 mai 1894, *Gaz. Trib.*, 21 juin 1894. — Caen, 20 déc. 1901, précité. — Trib. com. Seine, 9 mars 1887, *Loi*, 26 mars 1887. — Trib. com. Seine, 8 mai 1883, *Droit*, 23 mai 1883. — Trib. com. Havre, 8 mai 1888, *Rec. Havre*, 88. 111. — Trib. civ. Seine, 14 déc. 1888, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 118. — Trib. civ. Seine, 9 nov. 1889, *Gaz. Trib.*, 12 déc. 1889. — Bertauld, *loc. cit.*; Crépon, *loc. cit.*; Labbé, *Note*, S., 81. 1. 289; Lyon-Caen et Renault, IV, n. 908; Boistel, *Note*, D., 95. 2. 441; Bailly, *op. cit.*, p. 215. — Cpr. Wahl, *Note*, S., 97. 1. 387.

d'ordre public, et dès lors il est nécessaire, pour que la prohibition atteigne son but, que les tribunaux n'aient pas à sanctionner la convention illicite.

Quel que soit le fondement de la nullité, l'action en exécution n'existe pas contre le client, même si ce dernier a su que l'opération ne se ferait pas par l'intermédiaire d'un agent de change (1), et cela quoique l'intermédiaire ait été de bonne foi, c'est-à-dire ait transmis l'ordre à un agent, qui l'a fait exécuter en coulisse (2).

De son côté le client, s'il a su que l'intermédiaire d'un agent de change ne serait pas sollicité, ne peut exiger de son mandataire la livraison des titres achetés ou le paiement du prix des titres vendus (3).

431. Mais la nullité peut être invoquée non seulement par voie d'exception, mais encore par voie d'action. L'opinion

(1) Cass., 28 fév. 1881, précité. — Cass., 19 déc. 1881, précité. — Cass., 22 avril 1885, précité. — Cass., 29 juin 1885, précité. — Cass., 8 fév. 1888, précité. — Paris, 10 mars, 1er avril, 16 et 22 juin 1882, précités. — Orléans, 10 avril 1883, précité. — Besançon, 27 oct. 1884, précité. — Aix, 30 janv. 1890, *Loi*, 26 fév. 1890. — Paris, 20 fév. 1892, D., 92. 2. 269. — Paris, 2 mai 1894, *Gaz. Trib.*, 21 juin 1894. — Trib. com. Seine, 8 mai 1883, *Droit*, 23 mai 1883. — Lyon-Caen et Renault, IV, n. 908 et 910. — Cpr. Wahl, *Note*, S., 97. 1. 387. — *Contra* Paris, 25 juin 1890, *Journ. Trib. com.*, 91. 404 (ordre d'opérer en coulisse suivi d'approbation). — Paris, 23 janv. 1891, *Gaz. Trib.*, 19 avril 1891. — Paris, 27 janv. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1, 2e p., 44. — Trib. com. Seine, 24 déc. 1891, *Gaz. Pal.*, 92, 1. 216.

(2) Cass. civ., 16 juin 1885, S., 85. 1. 251, D., 86. 1. 153. — V. cep. Boistel, *loc. cit.*

(3) Cass., 20 juill. 1891, S., 92. 1. 131. — Cass. req., 9 nov. 1892, D., 94. 2. 78 (motifs). — Aix, 3 déc. 1885, *Bull. d'Aix*, 86. 174. — Paris, 8 mai 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 424. — Paris, 12 mai 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 74. — Paris, 22 oct. 1888, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 297. — Paris, 21 déc. 1889, *Gaz. Pal.*, 90. 1. *Suppl.*, 36. — Paris, 25 juin 1890, *Droit financier*, 90. 406. — Paris, 9 mars 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 2. *Suppl.*, 10. — Paris, 11 juill. 1891, *Gaz. Trib.*, 21 oct. 1891. — Paris, 11 et 12 nov. 1891, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 86. — Paris, 9 fév. 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 551. — Paris, 11 mars 1892 (motifs), *Gaz. Pal.*, 92. 1. 563. — Poitiers, 23 mai 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 756. — Paris, 16 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 651. — Angers, 30 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 2e p., 27. — Paris, 30 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 2e p., 27. — Paris, 7 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 2e p., 61. — Poitiers, 17 juin 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 443. — Paris, 2 nov. 1895, D., 96. 2. 141. — Trib. com. Seine, 15 février 1888, *Droit*, 5 mars 1888. — Trib. com. le Havre, 8 mai 1888, *Rec. Havre*, 88. 111. — Trib. com. Nantes, 8 sept. 1888, *Rec. Nantes*, 88. 295. — Trib. civ. Seine, 14 déc. 1888, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 118. — Trib. civ. Seine, 21 déc. 1889, *Gaz. Pal.*, 90. 1. *Suppl.*,

contraire a été soutenue (1); elle se fonde sur ce qu'en cette matière toute action en justice est interdite ; nous réfutons plus loin cette dernière idée. Il nous paraît du reste fort étrange que la loi, après avoir prononcé la nullité de la négociation pour des motifs d'ordre public, vienne enlever à cette nullité ses conséquences ordinaires et donner à l'acte nul certains effets d'un acte valable.

On décide en général que si le client a ignoré que son mandataire n'userait pas de l'intermédiaire d'un agent de change, il peut exiger de son mandataire la livraison des titres et des fonds (2).

On invoque en ce sens la maxime *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio* : le mandataire a commis une faute dont il doit réparation au mandant et cette réparation doit consister dans la défense d'opposer la nullité du contrat.

Ce raisonnement ne paraît pas exact dans le système qui fonde la nullité sur les textes de l'ancien droit, et dans celui qui applique les principes de l'exception de jeu : car les anciens textes s'expriment d'une manière absolue et c'est également en textes absolus que l'article 1965 permet d'opposer l'exception de jeu à l'action fondée sur la nullité d'une dette de jeu.

Si, au contraire, on rattache la nullité au caractère illicite du mandat, la solution est exacte : car ici le mandat n'est pas illicite, le client n'ayant pas consenti à ce que l'opération eût lieu sans l'intermédiaire d'un agent de change (3).

36. — Trib. com. Seine, 8 août 1890, *Loi*, 24 août 1890. — Trib. com. Lille, 27 oct. 1891, *Gaz. Trib. Midi*, 13 déc. 1891. — Deloison, *op. cit.*, n. 379 ; Buchère, *op. cit.*, n. 133; Lyon-Caen et Renault, IV, n. 908. — Cpr. Wahl, *Note*, 97. 1. 387.

(1) Paris, 15 mai 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 1. 847 (règlement de compte). — Boistel, *Note*, D., 93. 2. 18.

(2) Cass., 20 juill. 1889, S., 92. 1. 131. — Cass. req., 9 nov. 1892, D., 94. 2. 78. — Paris, 9 mars 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 2, *Suppl.*, 10. — Paris, 5 mars 1892, D., 93. 2. 17 (motifs). — Paris, 27 juin 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 443. — Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, IV, n. 909 ; Toussaint, *Parquet et coulisse*, p. 19 ; Boistel, *Note*, D., 92. 2. 20 et les motifs des arrêts cités à propos du client de mauvaise foi, *supra*. — V. cep. Paris, 20 fév. 1892, D., 92. 2. 269.

(3) Wahl, *loc. cit.*

432. La bonne foi du client doit être présumée (1).

433. On admet que la nullité de l'opération de bourse faite sans l'intermédiaire d'un agent de change est d'ordre public (2) : en effet, elle est destinée à protéger un monopole, lequel a été introduit dans l'intérêt, bien ou mal compris, du public.

La nullité, étant d'ordre public, peut être opposée pour la première fois en appel (3).

Le tribunal doit prononcer la nullité d'office (4) et le ministère public a le droit de la demander (5).

Elle peut être opposée en tout état de cause (6).

434. La nullité étant d'ordre public la ratification soit expresse, soit tacite du client ne couvre pas la nullité, qu'on fonde la nullité sur l'exception de jeu (la nullité d'une dette de jeu ne peut être ratifiée) (7), sur le caractère illicite du mandat (le mandat illicite ne peut se ratifier), ou sur l'arrêt de 1724 (il refuse l'action d'une manière générale) (8).

(1) Paris, 9 mars 1891, précité. — Paris, 11 et 12 nov. 1891, précités. — Poitiers, 23 mai 1892, précité. — Angers, 30 nov. 1892, précité. — Trib. com. Seine, 7 nov. 1889, *Loi*, 4 déc. 1889 (restitution de la couverture). — *Contra* Paris, 13 mai 1889, *Gaz. Trib.*, 18 mai 1889 (restitution de la couverture).

(2) Cass., 19 déc. 1881, S., 82. 1. 262. — Cass., 29 mai 1883, S., 84. 1. 120. — Cass., 21 avril 1885, S., 85. 1. 249. — Cass., 21 mars 1893, S., 93. 1. 241. — Cass., 15 janv. 1894, S., 94. 1, 117. — Paris, 2 juin 1881, S., 83. 2. 129. — Paris, 1er fév. 1882, S., 83. 2. 129. — Toulouse, 2 août 1882, S., 83. 2. 129. — Paris, 21 nov. 1882, S., 83. 2. 12. — Besançon, 27 déc. 1882, S., 83. 2. 129. — Agen, 19 nov. 1885, S., 86. 2. 216. — Rouen, 19 mars 1891, *Rec. Rouen*, 91. 1. 72. — Chambéry, 27 avril 1891, *Mon. jud. Lyon*, 22 juin 1891. — Paris, 20 fév. 1892, D., 92. 2. 269. — Caen, 20 déc. 1901, précité. — Deloison, *op. cit.*, n. 379; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, IV, n. 907; Toussaint, *Parquet et coulisse*, p. 19 ; Labbé, *Note*, S., 81. 1. 289 ; Boistel, *Note*, D., 93. 2. 18 ; Thaller, *Rev. crit.*, XV, 1886, p. 298 ; Bailly, *op. cit.*, p. 215. — Cpr. Wahl, *Note*, S., 97. 1. 387.

(3) Orléans, 10 avril 1883, S., 84. 2. 125.

(4) Lyon, 19 juin, 12 et 24 juillet 1883, D., 85. 2. 185. — Trib. civ. Seine, 4 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 425. — Bailly, *op. cit.*, p. 215.

(5) Bailly, *loc. cit.*

(6) Rouen, 19 mars 1891, *Rec. Rouen*, 91. 1. 72.

(7) V. *supra*, n. 117.

(8) Cass. civ., 29 mai 1883, précité. — Cass. req., 21 avril 1885, S., 85. 1. 129, D., 85, 1. 173. — Cass. civ., 22 avril 1885, S., 85. 1. 249. — Cass. civ., 29 juin 1885, S., 85. 1. 249. — Cass., 21 mars 1893, S., 93. 1. 241, D., 94. 1. 9. — Cass. civ., 15 janv. 1894, S., 94. 1. 117, D., 94. 1. 119. — Lyon, 22 fév. 1881,

La ratification n'étant pas possible, la prescription décennale, qui repose sur une rectification tacite, est inapplicable; l'action du client n'est donc prescriptible que par trente ans (1).

La nullité ne se couvre pas davantage par une transaction (2).

Une novation n'éteint pas non plus l'action en nullité, car il est de principe que la validité de la nouvelle obligation est subordonnée à la validité de l'ancienne. Ainsi des reconnaissances souscrites par le client pour le paiement du prix des opérations de bourse sont nulles (3). Il en est de même de reconnaissances ou de traites souscrites par l'intermédiaire illégal (4).

Il en est de même encore d'une délégation (5).

sous Cass., 19 déc. 1881, précité. — Paris, 20 juin 1881, S., 83. 2. 129, D., 83. 2. 81. — Paris, 1er fév. 1882, S., 83. 2. 129. — Paris, 1er août 1882, D., 83. 2. 81. — Toulouse, 2 août 1882, S., 83. 2. 129, D., 83. 2. 81. — Besançon, 27 déc. 1882, S., 83. 2. 129, D., 83. 2. 81. — Agen, 19 nov. 1885, S., 86. 2. 236. — Douai, 23 déc. 1885, *Dr. financ.*, 89. 450. — Amiens, 3 avril 1887, *Rec. Amiens*, 87. 198. — Paris, 18 déc. 1888, *Gaz. Pal.*, 89. 1. *Suppl.*, 16. — Rouen, 6 fév. 1892, D., 94. 2. 42. — Paris, 9 fév. 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 551. — Paris, 20 fév. 1892, D., 92. 2. 269. — Angers, 28 mai 1892, *Rec. d'Angers*, 92. 95. — Paris, 18 juin 1892, *Droit*, 14 juill. 1892. — Trib. com. Toulouse, 30 déc. 1889, *Gaz. Trib. Midi*, 16 mars 1890. — Trib. com. Toulouse, 28 mai 1890, *Gaz. Trib. Midi*, 20 juill. 1890. — Trib. com. Marseille, 8 déc. 1890, *Rec. Marseille*, 91. 2. 56. — Trib. com. Seine, 24 déc. 1891, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 216. — Trib. com. Seine, 8 déc. 1892, *Journ. trib. com.*, 94. 81. — Lyon-Caen et Renault, IV, n. 910 ; Bailly, *op. cit.*, p. 215 ; Barberot, *op. cit.*, p. 105 ; Toussaint, *op. cit.*, p. 19 ; Lacour, *Note*, D., 94. 1. 9 ; Boistel, *Note*, D., 93. 2. 19. — Cpr. Wahl, *loc. cit.* — *Contra* Paris, 10 juill. et 29 sept. 1882, S., 83. 2. 129. — Paris, 15 mai 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 847. — Agen, 18 fév. 1890, *France jud.*, 90. 297. — Trib. com. Versailles, 1er juin 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 2. 109. — Trib. com. Seine, 29 déc. 1887, *Gaz. Trib.*, 14 janv. 1888.

(1) Lyon-Caen et Renault, IV, n. 910 ; Barberot, p. 105 ; Bailly, *op. cit.*, p. 215 et 216.

(2) *Contra* Bordeaux, 22 nov. 1889. *Rec. Bordeaux*, 90. 1. 80.

(3) Rouen, 6 fév. 1892, D., 94. 2. 42. — Paris, 9 fév. 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 551. — *Contra* Paris, 24 mars 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 1. 480. — V. *infra*, p. 227, notes 1 et 8.

(4) Paris, 20 fév. 1892. D., 92. 2. 269. — Le contraire a été décidé pour les bons de caisse délivrés par l'intermédiaire, mais parce qu'on les a considérés comme un paiement. — Paris, 11 mars 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 563.

(5) Décidé qu'au contraire la délégation couvre la nullité à un tel point que si le délégataire est insolvable, le délégant est tenu au paiement de la somme délégnée. — Trib. com. Marseille, 8 déc. 1890, *Rec. de Marseille*, 91. 1. 56.

Les billets souscrits en paiement du prix des opérations illicitement faites sans l'intermédiaire d'agent de change étant nuls et, par suite, aucune action ne pouvant être fondée sur eux, le signataire peut les réclamer [1]. Cette solution est exacte soit dans le système qui considère l'opération comme un jeu de bourse [2], soit dans celui qui se base sur les anciens textes [3], soit dans celui qui applique la règle *in pari causa* [4].

En tout cas les tiers porteurs de bonne foi peuvent réclamer le paiement des billets [5].

435. La nullité se couvre cependant, d'après la jurisprudence, par le règlement définitif, c'est-à-dire la livraison des titres et le paiement, volontairement effectués [6]. Cette solution s'explique par les inconvénients pratiques qui résulteraient, dans le système contraire, du droit de répétition susceptible d'être exercé pendant trente ans, et qui, en fait, serait exercé uniquement dans l'hypothèse où le changement de valeur des titres procurerait au demandeur un bénéfice peu recommandable. Mais en droit il n'est pas admissible que l'exécution d'une convention contraire à l'ordre public valide cette convention. En vain dit-on que l'arrêt de 1724, en disposant que « toutes négociations... faites sans le minis-

(1) Paris, 12 mai 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 74. — Paris, 9 fév. 1889, *Droit*, 21 avril 1889. — Lyon, 24 juill. 1890, *Pand. franç.*, 91. 2. 55. — Paris, 20 fév. 1892, D., 92. 2. 269. — Pa is, 13 juin 1894, *Dr. fin.*, 95. 11. — Nîmes, 10 mai 1895, *Gaz. Trib.*, 2 août 1895. — Trib. com. Seine, 20 déc. 1892, *Journ. trib. comm.*, 1894, p. 118. — *Contra* Paris, 8 janv. 1886, *Gaz. Pal.*, 86. 1. 308. — Trib. com. Seine, 31 mai 1893, *Dr. fin.*, 93. 331. — Trib. com. Seine, 14 juin 1893, *Gaz. Trib.*, 10 déc. 1893. — Trib. com. Seine, 4 avril 1894, *Dr. fin.*, 94. 208. — Trib. com. Seine, 18 juil. 1894, *Dr. fin.*, 94. 437.

(2-3-4) Cpr. de la Pradelle et Lévy-Ullmann, *op. et loc. cit.*, p. 130 et 133. — Ces auteurs prétendent que, dans l'une et l'autre des trois opinions, le client ne peut redemander ses billets ; quant à la question de savoir si l'intermédiaire peut en demander le paiement, ils la tranchent par l'affirmative dans les deux dernières opinions, et par la négative dans la première.

(5) Trib. com. Seine, 20 déc. 1892, précité.

(6) Cass. civ., 22 avril et 29 juin 1885, S., 85. 1. 249, D., 85. 1. 273. — Cass., 6 juill. 1886, S., 87. 1. 452, D., 87. 1. 25. — Cass. req., 18 fév. 1888, S., 88. 1. 312, D., 88. 1. 311. — Cass. civ., 5 mars 1890, S., 93. 1. 503. — Cass. req., 20 juillet 1891, S., 92. 1. 131. — Cass. civ., 8 fév. 1892, S., 92. 1. 144, D., 92. 1. 294. — Cass. civ., 21 mars 1893, S., 93. 1. 241, D., 94. 1. 9. — Cass. civ., 29 juillet 1896, S., 96. 1. 521. — Cass. req., 8 fév. 1897, S., 97. 1. 391. — Cass.

tère d'un agent de change seront déclarées nulles en cas de contestation », avec défense « à tous huissiers et sergents de donner aucune assignation sur icelles à peine d'interdiction et de 300 livres d'amende », interdit exclusivement l'action en justice tendant à l'exécution du marché. L'argument ne nous paraît pas sûr ; en admettant que l'arrêt de 1724 soit encore en vigueur, il est à remarquer que ce texte présente l'interdiction de toute action en justice comme étant la conséquence de la nullité, laquelle est prononcée en termes absolus et, par conséquent, doit produire tous ses effets ; si le texte a spécialement parlé de l'assignation, c'est pour punir, ce qui ne résultait pas de la nullité et avait besoin d'être expressément énoncé, les officiers publics rédacteurs de l'exploit. Au surplus, peut-on dire [1], le demandeur en répétition ne fonde pas son action sur une négociation illi-

req., 15 fév. 1897, S., 97. 1. 392. — Cass. req., 22 fév. 1897, S., 97. 1. 392.— Cass., 7 nov. 1898, S., 99. 1. 269. — Cass., 15 mars 1899, S., 99. 1. 281. — Cass. req., 28 oct. 1902, S., 1903. 1. 316. — Besançon, 21 août 1883, S., 85. 1. 249, D., 85. 1. 273. — Paris, 13 mars 1885, D., 86. 2. 201. — Lyon, 31 juillet 1885, *Journ. des val. mob.*, 86. 41. — Paris, 10 déc. 1886, *Journ. des val. mob.*, 86. 252. — Amiens, 2 juin 1887, D., 88. 2. 94. — Lyon, 14 juin 1887, *Mon. jud. Lyon*, 21 sept. 1887. — Paris, 8 mai 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 424. — Paris, 12 mai 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 74. — Paris, 9 juin 1888, *Loi*, 10 juillet 1888. — Paris, 3 juillet 1888, *Loi*, 29 juillet 1888. — Paris, 22 déc. 1888, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 297. — Paris, 9 fév. 1889, précité. — Bordeaux, 23 nov. 1889, *Rec. Bordeaux*, 90. 1. 80. — Lyon, 24 juillet 1890, *Loi*, 9 déc. 1890. — Paris, 9 fév. 1892, *Pand. franç.*, 92. 2. 209. — Paris, 20 fév. 1892, D., 92. 2. 269. — Rouen, 26 oct. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1, 2e p., 44. — Paris, 30 déc. 1892, précité. — Paris, 25 fév. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1, 2e p., 67. — Paris, 23 juin 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 445. — Paris, 2 mai 1894, précité. — Paris, 2 nov. 1895, D., 96. 2. 141. — Caen, 20 décembre 1901, précité. — Trib. comm. Seine, 18 janv. 1886, *Journ. des soc.*, 88. 737. — Trib. civ. Seine, 25 juin 1886, *Journ. des val. mob.*, 86. 233. — Trib. civ. Seine, 10 nov. 1886, *Loi*, 7 janv. 1887. — Trib. comm. Seine, 4 oct. 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 2. 461. — Trib. civ. Seine, 25 mai 1889, *Loi*, 20 juin 1889. — Trib. comm. Toulouse, 30 déc. 1889, précité. — Trib. comm. Marseille, 8 déc. 1890, précité. — Trib. civ. Toulouse, 16 juin 1891, *Loi*, 23 déc. 1891. — Trib. comm. Lyon, 21 juillet 1891, *Mon. jud. Lyon*, 29 sept. 1891. — Crépon, *op. cit.*, p. 59; Labbé, *Note*, S., 81. 1. 289 ; Boistel, *Note*, D., 93. 2. 18 ; Buchère, *Tr. des op. de bourse*, n. 129 s. ; Deloison, *op. cit.*, n. 379 s. et 398 ; Salzédo, *op. cit.*, p. 117 et 120. — *Contra* Toulouse, 2 août 1882, S., 83. 2. 129, D., 83.2. 81. — Orléans, 10 avril 1883, S.; 84. 2. 125, D., 84. 2. 10. — Lyon, 19 juin 1883, D., 85, 2. 185. — Bailly, *op. cit.*, p. 217 s.

[1] Bailly, *loc. cit.*

cite, mais sur l'indû ; c'est son adversaire qui, en refusant la répétition, se base sur la négociation.

Le système contraire a un grand inconvénient ; c'est qu'il interdit l'action en justice destinée à faire prononcer la nullité, sous le prétexte que toutes les actions en justice sont défendues, et enlève ainsi à la prohibition une partie de sa sanction.

Même au point de vue pratique, le système de la jurisprudence peut être combattu ; sans doute il est fâcheux que les contractants puissent profiter des fluctuations des cours pour intenter une action en nullité ; mais cette solution a l'avantage d'empêcher les négociations illicites en faisant craindre à l'un et à l'autre des contractants l'éventualité d'une action en nullité et par suite répond au but poursuivi par le législateur. Il faut ajouter que l'action en nullité intentée avant l'exécution présente les mêmes inconvénients et qu'il en est de même de toutes les actions dirigées contre les actes juridiques.

Si la nullité se fonde, non pas sur l'arrêt de 1724, mais sur le caractère illicite du mandat, l'exclusion de l'action en répétition ne se justifie pas davantage, car on admet aujourd'hui, du moins en jurisprudence, que ce qui a été versé, même volontairement, en vertu d'un contrat illicite, peut être répété.

Le système de la jurisprudence est cependant exact si l'on fonde la nullité sur l'exception de jeu ; le paiement d'une dette de jeu est définitif s'il est volontaire, c'est-à-dire si le joueur qui paye n'ignore pas le caractère de la dette [1].

436. L'exécution est complète dès que les titres sont devenus la propriété du client ; si même, par conséquent, l'intermédiaire les a encore entre les mains, toute action est éteinte [2]. En effet, une fois que les titres sont individualisés et deviennent ainsi la propriété du mandant, le mandataire ne les détient plus en vertu de l'opération faite, il les détient à titre de dépositaire.

[1] V. *supra*, n. 423. — Cpr. Wahl, *Note*, S., 97. 1. 388.
[2] Paris, 5 mars 1892, D., 93. 2. 17. — *Contra* Boistel, *Note*, D., 93. 2. 20.

437. Si le règlement définitif ou le payement sont opérés dans l'ignorance du fait que le ministère d'un agent de change n'a pas été employé, ils donnent lieu à une répétition (1).

C'est à l'intermédiaire qu'il appartient de prouver que le règlement a eu lieu en connaissance de cause (2).

438. La couverture en titres ou en argent déposée à l'intermédiaire peut-elle, si l'opération n'a pas été faite par un agent de change, être répétée ? On sait que la nature de la couverture est contestée, les uns y voyant un paiement anticipé, les autres un nantissement, d'autres encore la regardant, suivant les circonstances, comme un paiement anticipé ou comme un nantissement.

En général, la jurisprudence admet que la couverture ne peut être répétée si le client est de mauvaise foi et peut l'être dans le cas contraire (3). Certaines décisions repoussent toute répétition (4) et d'autres l'admettent sans distinction (5), au moins jusqu'à ce qu'après le règlement de compte le client ait autorisé l'intermédiaire à garder la couverture (6). Il en est enfin qui n'admettent pas la répétition si

(1) Cass. req., 20 juil. 1891, S., 92. 1. 131. — Agen, 3 juil. 1888, *Rec. Agen*, 88. 334. — Paris, 4 mars 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 1. 684.

(2) Trib. comm. Seine, 29 déc. 1887, *Gaz. Trib.*, 14 janv. 1888.

(3) Paris, 8 janv. 1886, *Gaz. Pal.*, 86. 1. 308. — Paris, 13 mai 1889, *Gaz. Trib.*, 18 mai 1889. — Paris, 21 déc. 1889, D., 90. 2. 304. — Paris, 25 juin 1890, *Dr. financ.*, 90. 406. — Paris, 23 janv. 1891, *Dr. financ.*, 91. 221. — Paris, 4 mars 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 1. 684. — Paris, 11 et 12 nov. 1891, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 86. — Riom, 8 déc. 1891 (motifs), *Loi*, 11 janv. 1892. — Paris, 18 nov. 1892, *Dr. financ.*, 93. 28. — Paris, 17 fév. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 289. — Paris, 7 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 2e p., 61. — Trib. com. Seine, 15 fév. 1888, *Droit*, 6 mars 1888. — Trib. com. Havre, 8 mai 1888, *Rec. Havre*, 88. 111. — Trib. com. Nantes, 8 sept. 1888, *Rec. Nantes*, 88. 295. — Trib. com. Seine, 7 nov. 1889, *Loi*, 4 déc. 1889. — Trib. com. Seine, 4 janv. 1890, *Dr. financ.*, 90. 283. — Trib. com. Seine, 4 juin 1890, *Ann. dr. comm.*, IV, 1890, p. 175. — Trib. comm. Lille, 27 oct. 1891, *Gaz. Trib. Midi*, 13 déc. 1891. — Trib. com. Marseille, 20 janv. 1892, *Rec. Marseille*. 92. 1. 134.

(4) Cass. req., 15 fév. 1897, D., 97. 1. 520. — Paris, 12 déc. 1889, *Gaz. Trib.*, 11 janv. 1890. — Paris, 11 juill. 1891, *Gaz. Trib.*, 21 oct. 1891.

(5) Lyon, 6 juill. 1892, *Mon. jud. Lyon*, 3 déc. 1892. — Paris, 2 mai 1894, précité. — Trib. civ. Digne, 8 mai 1895 (motifs), *Gaz. Pal.*, 95. 2. 31.

(6) Cass. req., 9 déc. 1895, précité. — Paris, 3 juill. 1888, *Gaz. Trib.*, 10 oct. 1888. — Paris, 3 mars 1892, *Pand. franç.*, 93. 2. 33.

la couverture est un payement et qui l'admettent si elle est un nantissement [1].

Si l'on fonde la nullité de l'opération de bourse sur les anciens textes qui prononcent cette nullité, on doit, ce semble, rejeter la répétition de la couverture considérée soit comme un nantissement, soit comme un paiement, car ces textes interdisent l'action en justice basée sur l'opération de bourse et, qu'on exerce la répétition d'une valeur payée ou d'une valeur donnée en nantissement, c'est toujours sur la nullité de l'opération qu'on s'appuie [2]. Toutefois la jurisprudence, qui admet le client de bonne foi à répéter le payement, doit, de même, lui permettre de répéter la couverture.

Si la nullité de l'opération est fondée sur une présomption de jeu, la couverture, regardée comme un payement anticipé, ne peut être répétée; mais elle peut l'être si on la regarde comme un nantissement, car tels sont les principes admis en matière de jeu [3].

Si enfin la nullité repose sur la maxime *in pari causa*, nous pensons que, considérée comme un payement ou comme un nantissement, la couverture peut être répétée, la jurisprudence admettant aujourd'hui que cette maxime ne fait pas obstacle aux actions en répétition [4].

Il est en tout cas certain en jurisprudence que si, après l'opération, le client autorise l'application de la couverture à l'opération, il y a là un payement qui empêche la répétition [5].

(1) Cass. civ., 22 mai 1895, S., 97. 1. 385, D., 97. 1. 49. — Cass. req., 9 déc. 1895, S., 97. 1. 385. — Paris, 23 mars 1889, *Dr. financ.*, 89. 249. — Paris, 2 août 1895, *Droit*, 15 sept. 1895.

(2) Cpr. cep. de la Pradelle et Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 127. (La couverture regardée comme un nantissement pourrait être répétée, parce qu'on agit par voie de revendication et non par voie d'action en nullité).

(3) Cpr. cep. de la Pradelle et Lévy-Ullmann, *loc. cit.* D'après ces auteurs, la couverture, considérée comme un payement, peut être répétée jusqu'au moment où, postérieurement au jeu, le joueur en a autorisé l'application à l'extinction de la dette, la jurisprudence actuelle donnant, disent-ils, cette solution en matière de jeu. Ils soutiennent qu'il doit être de même si la couverture est considérée comme un nantissement.

(4) Cpr. cep. en sens contraire de la Pradelle et Lévy-Ullmann, *loc. cit.*

(5) Cass. civ., 8 fév. 1888, S., 88.1.312, D., 88. 1. 311. — Paris, 8 mai 1888,

439. La nullité ne peut être invoquée entre les parties qui ont indivisément fait une opération sans l'intermédiaire d'un agent de change, par exemple entre associés dont l'un a ordonné l'opération (1).

440. La question de savoir si l'intermédiaire des agents de change est obligatoire est régie par la loi du lieu où le marché est passé.

Donc un marché passé en France sans l'intermédiaire d'agent de change doit être déclaré nul à l'étranger (2).

CHAPITRE III

OBJETS QUE PEUT AVOIR LE MANDAT

441. En principe, tous les actes juridiques licites peuvent être compris dans un mandat (3).

Le mandat peut avoir pour objet notamment la conduite d'un procès (4). La règle « nul ne plaide par procureur » n'est pas contraire à cette solution, qui au besoin résulterait des articles 9, 53 et 421 du Code de procédure et 627 du Code de commerce.

Nous examinerons s'il en est ainsi même dans le cas où le mandataire est un prête-nom (5).

442. Il y a cependant des faits licites qui ne peuvent être

Dr. financ., 88.284. — Paris, 12 mai 1888, *Gaz. Trib.*, 10 oct. 1888. — Trib. civ. Seine, 2 déc. 1891, *Dr. financ.*, 92. 195. — Trib. civ. Seine, 26 déc. 1891, *Dr. financ.*, 92. 224. — Trib. com. Seine, 9 août 1893 (2 jug.), *Dr. financ.*, 93. 380 et 430. — Cpr. sur ces divers points, Wahl, *Note*, S., 97. 1. 388.

(1) Trib. civ. Baugé, 20 janv. 1891, *Rec. d'Angers*, 91. 182.

(2) Trib. civ. Bruxelles, 6 mai 1885, *Journ. dr. intern.*, XII, 1885, p. 338.

(3) Guillouard, n. 59.

(4) Cass., 7 déc. 1887, S., 90. 1. 337, D., 89. 1. 147. — Cass. civ., 15 janv. 1896, S., 96. 1. 455, D., 97. 1. 131.—Aix, 31 janv. 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 486.— Grenoble, 26 mars 1890, *Rec.de Grenoble*, 90. 1. 139. — Rouen, 30 janv. 1895, *Gaz. Trib.*, 8 juin 1895.— Trib. civ. Mayenne, 13 juill. 1899, *Gaz. Pal.*, 1902. 523. — Félix Berriat-Saint-Prix, *Rev. crit.*, V, 1876, p. 360, n. 14. — Sur l'impossibilité de la représentation judiciaire dans les législations primitives, V. Wahl, *Tr. théor. et prat. des titres au porteur*, I,n. 33 s., et les autorités qui y sont citées.

(5) V. *infra*, n. 882 s.

accomplis par un mandataire. Ainsi il est généralement admis que les futurs époux doivent comparaître *en personne* devant l'officier de l'état civil chargé de célébrer leur union. Deux autres exceptions résultent, l'une de l'article 121 du Code de procédure, aux termes duquel le serment sera fait par la partie en personne, l'autre des articles 238 et 307 du Code civil et de l'article 877 du Code de procédure, qui, au début de tout procès en divorce ou en séparation de corps, obligent les époux à comparaître *en personne* devant le président du tribunal pour l'essai de conciliation prescrit par la loi, sans pouvoir même se faire assister d'avoués ni de conseils.

443. Le mandat ne peut avoir pour objet l'accomplissement d'un acte qui, d'après la convention passée entre deux parties ou la loi, doit être personnellement accompli par l'une d'elles et ne peut l'être par un tiers.

Ainsi le commanditaire, autorisé à prendre communication des affaires de la société, ne peut confier à un tiers la mission de prendre cette communication (1).

444. Le mandat ne peut pas avoir pour objet un fait illicite (2) ou impossible.

Le mandat est nul, comme ayant un objet impossible, si le fait que le mandataire s'oblige à accomplir ne peut plus matériellement être accompli. Ainsi lorsqu'il est trop tard pour transmettre un ordre de jouer ou de parier (à supposer, bien entendu, qu'on ne se trouve pas dans des hypothèses où le jeu ou le pari sont nuls), le mandat de jouer ou de parier est nul (3).

De même, si l'affaire en vue de laquelle le mandat est donné est déjà accomplie, le mandat est nul parce qu'il n'a aucun objet ou, pour mieux dire, a un objet impossible (4). Ainsi, comme le décidait le droit romain (5), le mandat ne

(1) Thaller, *Ann. dr. com.*, V, 1891, *Doctr.*, p. 189. — *Contra* Paris, 25 fév. 1890. *Journ. trib. com.*, 90. 548.

(2) L. 6, § 3, L., 22, § 6, D., *mand.*, 17. 1. — Guillouard, n. 15 et 136 ; Eck, *loc. cit.*

(3) Paris, 11 mars 1892, D., 92. 2. 415.

(4) Guillouard, n. 60.

(5) L. 12, § 14, D., *mand.*, 17. 1.

peut avoir pour objet de faire un prêt déjà réalisé, de sorte que le mandant ne peut être actionné par le prêteur en cas d'insolvabilité du mandataire (1).

445. Le mandat donné par un administrateur d'acheter les biens qu'il administre est nul, puisque cette acquisition est interdite par la loi (C. civ., art. 1596) (2).

Le mandat de participer à un jeu auquel la loi n'attache aucune action est illicite, car le jeu lui-même est alors illicite (3).

Le mandat de parier aux courses est nul dans le cas où ce pari lui-même est nul (4).

446. Mais le mandat de participer à un jeu ou un pari licite est valable (5). Ainsi le mandat de verser une somme au pari mutuel est légitime (6).

Nous avons déjà parlé du mandat relatif aux opérations de bourse (7).

Depuis la loi du 28 mars 1885 (8), le mandat d'exécuter un marché par différences est toujours valable (9), à supposer même que le marché par différences ne soit pas lui-même devenu valable (10); car l'agent de change (ou tout autre inter-

(1) Pothier, n. 6; Troplong, n. 29; Guillouard, n. 60.

(2) Labbé, *Note*, S., 81. 1. 289.

(3) Cass., 26 fév. 1845, S., 45. 1. 161. — Cass., 3 mars 1875, S., 75. 1. 396, D., 75. 1. 277. — Trib. rég. Carlsruhe, 11 janv. 1893, *Pasicr.*, 96. 4. 66. — Ballot, *Rev. dr. franç. et étr.*, VI, 1849, p. 811 ; Frèrejouan du Saint, *Jeu et pari*, n. 76 et 162.

(4) Rouen, 3 août 1889, D., 90. 2. 253 (sol. impl.). — Décidé cependant que la personne qui, par complaisance, consent à parier pour un ami sur un cheval a un recours. — Trib. civ. Seine, 7 juil. 1904, *Droit*, 19 oct. 1904.

(5) Rouen, 3 août 1889, précité. — Paris, 11 mars 1892, précité. — Frèrejouan du Saint, *op. cit.*, n. 77 et 162.

(6) Rouen, 3 août 1889, précité.

(7) V. *supra*, n. 423 s.

(8) Il en était autrement avant cette loi. — Bordeaux, 6 mai 1890, *Rec. Bordeaux*, 90. 1. 385. — Bruxelles, 19 nov. 1890, *Journ. dr. int.*, XX, 1893, p. 226.

(9) Labbé, *Note*, S., 86. 2. 1 ; Guillouard, *Tr. des contr. aléatoires*, n. 114 ; Wahl, *Note*, S., 95. 2. 260, § 4, n. 13. — Même solution en Égypte, C. Alexandrie, 20 avril 1876, *Journ. dr. int.*, III, 1876, p. 302. — Dans d'autres pays, on admet que l'exception de jeu peut être opposée au mandataire. — Trib. féd. suisse, 20 fév. 1891, *Ann. dr. comm.*, VI, 1892, *Doctr.*, p. 89. — Trib. féd. suisse, 9 fév. 1894, *Ann. dr. comm.*, 1895, *Doctr.*, p. 150. — Bruxelles, 19 nov. 1890, précité.

(10) V. *supra*, n. 50 s.

médiaire) se met en rapport avec son confrère, dont le client est inconnu de lui et peut être aussi bien un contractant sérieux qu'un joueur ; comme cette dernière qualité n'est pas connue de l'agent de change, le droit de l'agent de change sera d'exécuter le marché, car on sait, que, dans ce cas, d'après la loi de 1885, il n'y a pas marché par différences, l'intention des parties n'étant pas recherchée par la loi. Le contrat n'est donc pas un jeu de bourse et, par suite, le mandat n'a rien d'illicite.

Toutefois, dans le cas exceptionnel où l'agent de change n'exécuterait pas l'ordre reçu et se contenterait de réclamer ou de payer à son client les différences, il serait la contrepartie de ce dernier et il y aurait un marché par différences, frappé de nullité si l'on admet la nullité des marchés de ce genre (1).

Nous avons déjà examiné la question de savoir si le mandat de faire un marché par différences peut être confié à une personne autre qu'un agent de change (2).

447. A la différence du gérant d'affaires (3), un tiers qui a payé la dette de jeu sur un mandat du perdant, mandat qui lui a été accordé à l'effet de payer et non pas à l'effet de jouer, nous paraît avoir un recours, ce qui revient à dire que le mandat est valable.

Cela ne fait aucune difficulté dans le cas où le mandataire a ignoré la nature de la dette (4) ; outre qu'il serait injuste de mettre à sa charge les suites d'une circonstance qu'il n'a pas connue, on peut ajouter que le mandant a commis une faute en n'indiquant pas la nature de la dette au mandataire ; donc, à supposer que le mandant ne soit pas tenu comme tel (question que nous allons trancher en étudiant l'hypothèse suivante), il est tenu à raison du quasi-délit qu'il a commis.

Si même le mandataire a connu la nature de la dette,

(1) Labbé, *Note*, S., 86. 2. 1 ; Guillouard, *Tr. des contr. aléatoires*, n. 114.
(2) V. *supra*, n. 428.
(3) V. *supra*, n. 143.
(4) Garsonnet, I, p. 461, § 116, note 11 ; Guillouard, *Tr. des contr. aléatoires* n. 41.

l'action en remboursement nous paraît devoir lui être accordée (1).

Il serait tout d'abord choquant de voir le mandant refuser d'exécuter l'obligation qu'il a contractée envers le mandataire, et reprocher à ce dernier d'avoir exécuté ses ordres.

D'un autre côté, ce n'est pas sur le jeu, mais sur le mandat que s'appuie le mandataire; il ne s'agit donc pas ici d'une dette de jeu.

Ajoutons que pour valider le paiement d'une dette de jeu, la loi n'exige qu'une chose, c'est que le paiement soit fait par le perdant ; or un paiement fait par le mandataire du perdant est censé être effectué par ce dernier, en vertu du principe que le mandataire représente le mandant ; ce paiement est donc valable, et celui qui l'a effectué peut agir en remboursement.

En un mot le mandat de payer une dette de jeu est valable et le mandataire a un recours, parce que le jeu seul est illicite et que le mandataire qui paye ne joue pas ; en réalité c'est le mandant qui a payé et son refus de remboursement équivaut à une répétition des sommes payées ; enfin le mandataire s'appuie sur son mandat et non pas sur le jeu et, la dette de jeu étant payée, il n'y a plus de dette de jeu.

448. Toutefois on admet généralement que si le mandataire a servi d'intermédiaire au joueur pour le jeu, c'est-à-dire a joué à sa place, le règlement qu'il a fait en exécution du mandat ne lui donne droit à aucun recours (2). La raison en est que le payement est la suite du jeu, qu'il participe de son caractère illicite et qu'il n'est pas volontaire de la part du perdant.

(1) Paris, 7 janv. 1874, D., 77. 5. 267. — Ballot, *Rev. dr. fr. et étr.*, VI, 1849, p. 809 s. ; Frèrejouan du Saint, *op. cit.*, n. 78 ; Troplong, n. 69 à 71 ; Pont, I, n. 650 ; Aubry et Rau, IV, p. 575, § 356, note 5. — *Contra* Garsonnet, *loc. cit.* ; Guillouard, *Tr. des contr. aléatoires*, n. 42.

(2) Cass., 25 fév. 1845, S., 45. 1. 161, D., 45. 1. 101. — Cass., 3 mars 1875, S., 75. 1. 396, D., 75. 1. 277. — Cass., 16 fév. 1881, S., 84. 1. 30, D., 83. 1. 208. — Bordeaux, 3 fév. 1848, S., 48. 2. 693, D., 49. 2. 77. — Paris, 16 juill. 1851, S., 51. 2. 512, D., 52. 2. 95. — Paris, 31 juill. 1852, S., 52. 2. 690, D., 55. 5. 97. — Bordeaux, 15 juill. 1857, S., 57. 2. 733. — Troplong, n. 73 et 74 ; Pont, I, n. 650 ; Aubry et Rau, IV, p. 574, § 356, note 3 ; Guillouard, *Tr. des contr. aléat.*, n. 42.

Cette considération est déterminante pour le cas où le payement a eu lieu en exécution du mandat de jouer et c'est pour ce cas que Pothier décidait en ce sens ([1]). Mais on admet la même solution si le payement a eu lieu en vertu d'un mandat nouveau, postérieur au jeu ([2]). Nous ne pouvons souscrire à cette dernière solution ; il nous est impossible de voir une différence entre le mandat de payer confié, après le jeu, à celui qui a représenté le joueur pendant le jeu et le mandat confié à un mandataire nouveau ; dans l'une et l'autre de ces deux hypothèses, on peut dire, comme nous avons dit à propos de la seconde, que le payement a été effectué en réalité par le perdant lui-même ([3]).

On objecte que le second mandat est affecté du même vice que le premier, auquel il se rattache ; cela est purement divinatoire.

449. Il est clair, en tout cas, qu'il existe une obligation naturelle de la part du perdant contre le tiers qui a joué pour lui ([4]). C'est ce que disait Pothier ([5]).

450. En tous cas aussi le mandat est nul si le mandataire a participé au jeu en son nom personnel ou y avait intérêt ; le mandataire est alors réputé, quand il exerce son secours, réclamer une dette de jeu ([6]).

451. Le mandat d'agir en justice n'est jamais illicite : les tribunaux étant chargés de statuer sur toutes les affaires qui leur sont soumises, il ne peut être illicite de conférer un mandat de poursuivre l'une de ces affaires.

Le mandataire chargé de diriger un procès relatif à un objet illicite peut donc réclamer les honoraires convenus ([7]).

([1]) N. 55.

([2]) Pont, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

([3]) M. Guillouard, *loc. cit.*, reconnait que si l'on accorde une action en remboursement au mandataire étranger au jeu, on ne peut sans inconséquence refuser cette action à la personne qui a joué pour le compte du perdant et a reçu ultérieurement de lui mandat de payer.

([4]) Guillouard. *Tr. des contr. aléat.*, n. 42.

([5]) N. 55.

([6]) Cass., 26 fév. 1845, S. 45. 1. 161, D., 45. 1. 101. — Cass., 3 mars 1875, S., 75. 1. 396, D., 75. 1. 277. — Frèrejouan du Saint, n. 73.

([7]) Rouen, 12 déc. 1881, S., 82. 2. 227 (fraudes commerciales). — Fuzier-Herman, art. 1131, n. 21.

452. En principe, chacune des deux parties peut invoquer le caractère illicite ou impossible du mandat.

Cependant, quoique le mandat donné par l'administrateur d'acheter les biens qu'il est chargé d'administrer soit illicite, le mandataire ne peut demander la nullité du mandat (1). Ce droit appartient à la personne seule dont les biens sont administrés, car la nullité est introduite exclusivement dans son intérêt. C'est ce que disait Pothier (2).

453. Le mandant ne peut exiger que le mandataire accomplisse le mandat illicite. Ainsi le mandataire peut refuser d'exécuter le mandat de participer à un jeu ou pari illicite (3).

On a cependant décidé que s'il est trop tard pour transmettre un ordre de jouer ou de parier, le mandataire, qui a connu la tardiveté de l'ordre reçu, doit des dommages-intérêts à raison de l'inexécution du mandat (4) ; mais cela est certainement inexact.

454. Quand le mandat est illicite ou impossible, le mandataire ne peut exiger le payement de ses honoraires (5) et de ses avances (6).

En revanche le mandant n'a aucune action contre le mandataire pour se faire remettre les gains du jeu (7).

Cela a été décidé pour les jeux de bourse (8).

Nous verrons si au contraire il doit restituer les profits illicites d'un mandat licite (9).

(1) Labbé, *Note*, S., 81. 1. 289.

(2) N. 11.

(3) Cass., 24 juin 1885, D., 86. 1. 35. — Ballot, *Rev. dr. franç. et étr.*, VI. 1849, p. 811 ; Frèrejouan du Saint, *Jeu et pari*, n. 76. — Angleterre, cour du banc de la reine, 11 mars 1889, *Journ. dr. int.*, XVII, 1890, p. 346.

(4) Paris, 11 mars 1892, D., 92. 2. 415.

(5) Il a été décidé dans l'ancien droit qu'un chirurgien qui demande le payement d'un billet causé pour guérison d'une maladie honteuse doit être non seulement débouté, mais condamné à des dommages-intérêts pour avoir révélé la maladie. — Arrêt de la Tournelle criminelle, 9 juill. 1599, Bouchel, *Bibl. du dr.*, v° *Apothicaire*. — V. aussi Gayot de Pitaval, *Causes célèbres*, V (éd. 1739), p. 476.

(6) V. *supra*, n. 447.

(7) Guillouard, *Tr. du mandat*, n. 136.

(8) Paris, 28 mars 1851, S., 51. 2. 153, D., 52. 2. 95. — Guillouard, *Tr. des contr. aléatoires*, n. 106.

(9) V. *infra*, n. 678 s.

455. L'agent de change ou autre intermédiaire qui a servi de mandataire pour réaliser une opération illicite, par exemple un jeu de bourse nul avant la loi du 28 mars 1885, et qui, en exécution du mandat de jouer qui lui a été conféré, a payé la dette de son client, n'a pas de recours contre ce dernier ; il n'a pas davantage de recours pour se faire indemniser des engagements qu'il a pu contracter (1).

456. Si le mandataire a payé la dette du jeu à l'aide des fonds que lui a remis le perdant, ce dernier ne peut, en tout cas, exercer aucune action en répétition contre lui.

Cela a été décidé pour les jeux de bourse (2).

457. Le nantissement donné par le mandat au mandataire en garantie du remboursement d'une dette de jeu est nul, dans le cas où le mandat est nul lui-même (3).

Cela a été décidé pour les jeux de bourse.

Ainsi la remise par un client à un agent de change de titres destinés à lui servir de couverture pour un marché par différences, étant, d'après l'opinion générale, un nantissement, ne permettait pas, lorsque ces jeux étaient nuls, à l'agent de change de vendre les titres pour se couvrir de ses pertes (4).

458. Mais on admet que les dépenses faites par le mandataire qui ignorait l'accomplissement antérieur à l'affaire qu'il

(1) Cass., 4 août 1824, S. chr. — Cass., 25 fév. 1845, S., 45. 1. 161, D., 45. 1. 101. — Cass., 17 janv. 1852, S., 54. 1. 140, D., 52. 1. 201. — Cass., 27 juil. 1869, S., 69. 1. 448, D., 70. 1. 230. — Paris, 9 août 1823, S. chr. — Bordeaux, 3 fév. 1848, S., 49. 2. 693. — Paris, 11 mars 1851, S., 51. 2. 145, D., 51. 2. 217. — Paris, 16 juill. 1851, S., 51. 2. 512, D., 52. 2. 95. — Paris, 31 juil. 1852, S., 52. 2. 690, D., 53. 5. 174. — Bordeaux, 15 juin 1857, S., 57. 2. 733, D., 58, 2. 31. — Colmar, 15 juil. 1863, D., 64. 2. 54. — Paris, 27 juin 1867, S., 68. 2. 229. — Limoges, 12 déc. 1868, S., 69. 2. 104, D., 69. 2. 140. — Ballot, *loc. cit.*; Guillouard, *Tr. des cont. aléatoires*, n. 106.

(2) Paris, 28 mars 1851, S., 51. 2. 153, D., 52. 2. 95. — Guillouard, *Tr. des contr. aléatoires*, n. 106.

(3) Guillouard, *Tr. des contr. aléatoires*, n. 108.

(4) Cass., 27 nov. 1882, S., 83. 1. 211, D., 83. 1. 97. — Cass., 12 nov. 1884, S., 85. 1. 69, D., 85. 1. 469. — Paris, 11 mars 1851, S., 51. 2. 145, D., 51, 2. 217. — Bordeaux, 15 juin 1857, S., 57. 2. 733, D., 58. 2. 31. — Bordeaux, 25 août 1858, S., 59. 2. 81. — Paris, 29 nov. 1858, S., 59. 2. 81. — Paris, 19 nov. 1864, S., 64. 2. 281. — Paris, 13 juin 1868, S., 68. 2. 208, D., 68. 2. 170. — Paris, 16 mars 1882, S., 83. 2. 57, D., 82. 2. 97. — Paris, 21 nov. 1882, S., 83. 2. 129. — Besançon, 27 déc. 1882, S., 83. 2. 129, D., 83. 2 81. — Guillouard, *Tr. des contr. aléatoires*, n. 108. — V. *supra*, n. 438.

est chargé d'exécuter, peuvent être répétées contre le mandant (1) ; cette solution peut se justifier par l'article 1382 du Code civil, le prétendu mandataire ayant été lésé par la faute du prétendu mandant.

De même, le mandataire a droit, malgré le caractère illicite du mandat, au remboursement de ses avances, s'il a ignoré ce caractère illicite (2).

Et c'est au mandant qu'il appartient de démontrer que le mandataire a connu le caractère illicite du mandat (3).

Le tiers qui a accompli avec le mandataire le contrat illicite ne peut ni réclamer l'exécution du contrat au mandant (4), ni se voir réclamer par ce dernier cette exécution.

459. L'obligation contractée, en cas de mandat de jouer, envers le mandataire après que le jeu est terminé est valable (5).

460. En droit international, c'est par la loi du lieu où le mandat est passé (6) que se règle la question de savoir s'il a un objet licite (7).

Toutefois il en est autrement si le mandat est, dans le lieu où il est exécuté, illicite pour des motifs d'ordre public.

Ainsi le mandat de jouer à la bourse est nul quoiqu'il soit donné dans un pays où ce jeu est autorisé, et ne permet pas au mandataire de réclamer les différences, si le mandat est déclaré illicite par les lois du pays où il est exécuté (8).

(1) Guillouard, *Tr. du mandat*, n. 60.

(2) Cass., 21 janv. 1878, S., 78. 1. 269. — Cass., 23 janv. 1882, S., 82. 1. 263. — Cass. req., 23 juill. 1884, S., 86. 1. 309 (jeu de bourse). — Cass. civ., 9 mars 1885, S., 85. 1. 241. — Cass. civ. 16 juin 1885, S., 85. 1. 251 (achat d'actions d'une société plus tard déclarée nulle). — Cass. req., 6 avril 1886, S., 88. 1. 207 (jeu de bourse). — Paris, 10 mars et 1er avril 1882, S., 82. 2. 177 (jeu). — Troplong, n. 31 ; Pont, I, n. 816 ; Thaller, *De la faillite des agents de change*, n. 94.

(3) Cass. civ., 16 juin 1885, précité. — Cass., req., 6 avril 1886, précité.

(4) Frèrejouan du Saint, *op. cit.*, n. 76.

(5) Garsonnet, I, p. 461, § 116, note 11.

(6) Sur cette loi, V. *infra*, n. 500.

(7) Trib. rég. Carlsruhe, 11 janv. 1893, *Pasicr.*, 96. 4. 66.

(8) Trib. Empire Allemagne, 10 mai 1884, *Journ. dr. int.*, XIII, 1886, p. 609. — Cass. Rome, 19 avril 1890, *Foro italiano*, 90. 1. 241. — Von Bar, *Th. und*

CHAPITRE IV

DANS L'INTÉRÊT DE QUI LE MANDAT PEUT ÊTRE DONNÉ

461. Le mandat intervient le plus souvent dans l'intérêt exclusif du mandant. Exceptionnellement, il peut être donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire tout à la fois (1), par exemple si plusieurs copropriétaires donnent à l'un d'eux mandat d'administrer les biens indivis (2), ou si un débiteur donne à son créancier mandat de vendre ses biens pour se payer sur le prix (3).

Le mandat peut aussi être donné dans l'intérêt du mandant et d'un tiers (4), comme si un copropriétaire donne à un tiers mandat de gérer les biens dont il a une portion indivise (5).

Il peut même être donné dans l'intérêt exclusif d'un tiers, mais seulement lorsqu'il se rattache à une gestion d'affaires entreprise par le mandant ; autrement il tomberait sous le coup de la nullité qui frappe les stipulations faites pour le compte d'autrui (art. 1119).

Mais le mandat est valable même si la gestion d'affaires n'était pas antérieurement commencée (6); car alors le mandat lui-même constitue le premier acte de la gestion d'affaires; c'était la solution du droit romain (7) et de Pothier (8).

En réalité donc le mandat dans l'intérêt d'un tiers est valable d'une manière absolue (9).

Praxis des intern. Privatrechts, I, p. 108, n. 284. — *Contra* Diena, *Journ. dr. int.*, XXIII, 1896, p. 284. — V. *supra*, n. 63.

(1) Argou, II, p. 348, liv. III, ch. XXXVII.

(2) Guillouard, n. 17.

(3) Douai, 20 fév. 1847, S., 48. 2. 180, D., 48. 2. 93. — Guillouard, n. 17.

(4) Argou, *loc. cit.*

(5) Guillouard, n. 17.

(6) Troplong, n. 36. — *Contra* Duranton, XVIII, n. 201 ; Pont, I, n. 819 ; Aubry et Rau, IV, p. 635, § 410, note 5 ; Laurent, XXVII, n. 405 ; Guillouard, n. 17.

(7) L. 2, D., *mand.*, 17. 1.

(8) N. 17.

(9) Argou, *loc. cit.*

462. Il ne saurait y avoir de mandat dans l'intérêt exclusif du mandataire (1) ; un semblable mandat n'aurait pas d'autre valeur que celle d'un simple conseil (2).

CHAPITRE V

FORME ET PREUVE DU MANDAT

SECTION PREMIÈRE

FORME DU MANDAT

463. Le mandat est un contrat consensuel. Le seul consentement des parties suffit donc à sa validité, de quelque manière qu'il ait été manifesté et sauf les difficultés de la preuve. C'est ce qui résulte de l'article 1985, alinéa 1, ainsi conçu : « *Le mandat peut être donné ou par acte public ou* « *par écrit sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi* « *être donné verbalement; mais la preuve testimoniale n'en* « *est reçue que conformément au titre* des Contrats ou des « Obligations conventionnelles en général. »

Le caractère consensuel du mandat était reconnu en droit romain (3) ; il l'est également dans les législations modernes (4).

Le projet du Code civil exigeait cependant que le mandat fût écrit et les mots « même par lettre » contiennent une trace de cette règle, qui fut supprimée sur les observations du Tribunat (5).

(1) Guillouard, n. 17 ; Eck, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Mandat*.

(2) Argou, *loc. cit.* ; Eck, *loc. cit.*

(3) L. 1, pr. et § 2 ; l. 6, § 2 ; l. 18, D., *mand.*

(4) Allemagne, *Droit comm.*; Eck, *loc. cit.* — En Prusse, un écrit était exigé au-dessus de 150 marks et, en outre, pour tous les mandats spéciaux. Mais l'acceptation du mandataire n'était soumise à aucune forme. C. gén., I, XIII, §§ 4, 11, 110 s. — Le nouveau Code civil ne soumet le mandat à aucune forme.

(5) Fenet, XIV, p. 568 et 575.

§ 1. *Des cas dans lesquels le mandat doit être authentique.*

464. La loi exige l'authencité du mandat dans les cas suivants :

Acceptation de donation entre vifs (C. civ., art. 933).

Donation entre vifs et donation entre époux pendant le mariage (L. 21 juin 1843, art. 2) (1).

Révocation de donation ou de testament (*Ibid.*).

Reconnaissance d'enfants naturels (*Ibid.*).

Opposition au mariage (C. civ., art. 66).

Déclaration qu'on entend inscrire en faux (C. pr., art. 216).

Déclaration qu'on entend se servir d'une pièce arguée de faux (C. pr., art. 218).

465. A part ces hypothèses, il ne suffit pas que la validité d'un acte soit subordonnée à son authenticité pour que le mandat de faire cet acte doive être également authentique (2). En dehors des hypothèses où la loi indique expressément la forme que doit revêtir le mandat, la distinction suivante est nécessaire.

Si l'authenticité de l'acte est exigée pour protéger l'indépendance des parties et empêcher toute influence étrangère de peser sur leur volonté, le mandat d'accomplir cet acte doit être également authentique (3), car l'opinion contraire permettrait à cette influence étrangère de s'exercer librement sur la volonté des parties et réduirait à l'état de lettre morte la disposition qui exige l'authenticité de l'acte.

466. Ainsi le mandat de constituer hypothèque doit être authentique (4).

(1) En Italie on admet le contraire, la loi n'exigeant pas expressément l'authenticité. — Cass. Naples, 24 mars 1874, *Legge*, 74. 1. 200. — Cass. Naples, 20 juil. 1876, *Legge*, 76. 1. 793, *Journ. dr. int.*, IV, 1877, p. 375.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 638, § 411 ; Garsonnet, *Note*, S., 92. 1. 57 ; Guillouard, n. 41. — *Contra* Pont, I, n. 865.

(3) Guillouard, n. 40; Garsonnet, *loc. cit.* ; Planiol, II, n. 2243.

(4) Cass. civ., 7 fév. 1854, S., 54. 1. 322. — Cass. civ., 12 nov. 1855, S., 56. 1. 254, D., 55. 1. 433. — Cass. req., 19 janv. 1864, S., 64. 1. 221, D., 64. 1. 292. — Cass. req., 15 nov. 1880, S., 81. 1. 253, D., 81. 1. 118. — Cass. req., 27 juin 1881, S., 81. 1. 441, D., 82. 1. 175. — Cass. civ., 29 juin 1881, S., 83. 1. 218, D., 82. 1. 106.

Beaucoup pensent, en partant de cette solution, que le mandat d'hypothéquer conféré à l'administrateur d'une société doit être authentique (1) ou, si le mandat résulte de l'acte de société, que cet acte doit avoir la forme authentique (2).

— Cass. civ., 23 déc. 1885, S., 86. 1. 145, D., 86. 1. 97. — Cass. req., 24 mai 1886, S., 86. 1. 247. D., 87. 1. 222. — Cass. civ., 3 déc. 1889, S., 91. 1. 525, D., 90. 1. 105. — Cass. civ., 29 janv. 1895, S., 95. 1. 73. D., 95. 1. 430. — Riom, 31 juill. 1851, S., 51. 2. 698, D., 52. 2. 222. — Amiens, 9 avril 1856, S., 56. 2. 333, D., 57. 2. 20. — Toulouse, 9 juil. 1859, S., 59. 2. 407, D., 59. 2. 201. — Bordeaux, 26 avril 1864, S., 64. 2. 262, D., 64. 2. 220. — Paris, 5 juill. 1877, S., 77. 2. 295, D., 77. 2. 168. — Amiens, 24 fév. 1880, S., 82. 2. 198. — Paris, 5 ou 7 août 1880, S., 81. 2. 93, D. *Rép., Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 845-2°. — Orléans, 11 mai 1882, D., 83. 5. 288. — Paris, 5 déc. 1887, D., 89. 2. 185. — Pau, 16 mars 1892, S., 93. 2. 125. — Merlin, *Rép.*, v° *Hyp.*, sect. II, § 3, art. 6; Grenier, *Tr. des priv. et hyp.*, I, n. 68 ; Taulier, VII, p. 260 ; Mourlon, *Tr. de la transcr.*, n. 1006 ; Ducruet, *Comment. de la loi du 23 mars 1855*, p. 40 ; Merville, *Rev prat.*, II, 1856, p. 97 ; Desjardins, *Conclusions*, sous Cass., 23 déc. 1885, *Le Droit*, 4 janvier 1886 ; Aubry et Rau, III, p. 274, § 266, note 49 et IV, p. 639, § 411, notes 6 et 7 ; Pont, I, n. 865 et *Tr. des priv. et hyp.*, I, n. 470 et II, n. 657 ; Labbé, *Note*, S., 86. 1. 145 ; Colmet de Santerre, IX, n. 94 *bis*, V ; Thézard, *Du nantiss., des priv. et hyp.*, n. 231 ; Gillard, *De la constit. de l'hyp. convent.* n. 231 ; Louis Lucas, *Note. Ann. dr. comm.*, 88, *Jurispr.*, 103 ; Garsonnet, *Note*, S., 92. 1. 57 ; Guillouard, n. 40 ; Thaller, *Ann. dr. comm.*, 1, 1887, *Jurispr.*, p. 6 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Tr. du nantiss., des priv. et hyp.*, II, n. 1413 ; Planiol, *loc. cit.* — Cpr. Rataud, *Rev. crit.*, XI, 1882, p. 209. — *Contra*, Cass. req., 27 mai 1819, S. chr., D. *Rép.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 1264. — Caen, 22 juin 1824, D. *Rép.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 1246. — Cass. req., 5 juillet 1827, S. chr., D. *Rép.*, v° *Lois*, n. 436. — Pascaud, *Rev. crit.*, XI, 1885, p. 157 ; Troplong, *Tr. des hyp.*, II, p. 247, note 3 ; Persil, *Des priv. et hyp.*, I, art. 2127, n. 6 ; Battur, *id.*, I, n. 168 ; Marcadé, *Rev. crit.*, II, 1852, p. 199 s.

(1) Cass., 3 mai 1853, S., 53. 1. 617, D., 53. 1. 186. — Cass., 15 nov. 1880, 27 et 29 juin 1881 et 23 déc. 1885, précités. — Paris, 5 juill. 1877, 7 août 1880, — Amiens, 24 fév. 1880, — Orléans, 11 mai 1882, — Paris, 5 déc. 1887, précités. — Labbé, *Note*, S., 86. 1. 145 ; Desjardins, *loc. cit.* ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, II, n. 1414 ; Guillouard, n. 126.

(2) Cass., 15 nov. 1880, 27 et 29 juin 1881, 23 déc., 1885, 3 déc. 1889, précités. — Amiens, 24 fév. 1880, précité. — Paris, 7 août 1880, précité. — Paris, 5 déc. 1885, D. 87. 2. 55. — Labbé, *Note*, S. 86. 1. 145 ; Desjardins, *loc. cit.* : Guillouard, n. 126 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, II, n. 1414 ; Thaller, *loc. cit.*, p. 8. — *Contra* Rataud, *loc. cit.* — Mais il n'est pas nécessaire que le mandataire représentant les associés à la délibération ait un pouvoir notarié. — Cass. civ., 25 déc. 1885, précité. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.* ; Thaller, *op. cit.*, p. 9. — Les statuts peuvent être sous seing privé s'ils sont déposés chez un notaire. — Cass. civ., 3 déc. 1889 et 29 janv. 1895, précités. — Vavasseur, *Tr. des soc.*, I, n. 166 *bis* ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n. 587 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.* ;

L'article 69, ajouté à la loi du 24 juillet 1867, *sur les sociétés commerciales*, par la loi du 1er août 1893, est ainsi conçu : « *Il pourra être consenti hypothèque au nom de « toute société commerciale en vertu des pouvoirs résultant « de son acte de formation même sous seing privé, ou des « délibérations ou autorisations constatées dans les formes « réglées par ledit acte.* »

Cette solution n'a pas pour but de contredire le principe d'après lequel le mandat de constituer hypothèque doit être authentique. Au contraire, elle entend le confirmer, en y portant exception pour un cas particulier. C'est ce qui résulte des travaux préparatoires de la loi du 1er août 1893 (1).

Il résulte de là que cette disposition est exceptionnelle.

Il en résulte aussi que la question que nous venons d'étudier n'a pas cessé d'avoir un intérêt actuel (2).

Si, en effet, l'article 69 s'applique évidemment aux sociétés civiles qui adoptent la forme des sociétés en commandite ou anonymes, puisque, d'après l'article 68, ajouté à la loi de 1867 par celle de 1893, ces sociétés sont commerciales, il ne s'applique pas aux sociétés civiles qui ne sont pas soumises à ces formes (3), ou qui adoptent la forme d'une société en nom collectif (4).

Desjardins, *loc. cit.* ; Labbé, *Note*, S., 86. 1. 145. — V. cep. Rennes, 29 octobre 1885, D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Priv. et hyp.*, n. 848. — V. *infra*, n. 474.

(1) « Aux termes de l'article 2127 du Code civil, l'hypothèque ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique. La jurisprudence en a tiré la conséquence que, pour l'authenticité complète du titre, il fallait que fussent authentiques non seulement l'acte constitutif proprement dit, mais aussi les pouvoirs pour y concourir. L'application de cette jurisprudence aux sociétés fait qu'il faut que les statuts soient dressés en la forme authentique, et de même les délibérations du conseil d'administration ou de surveillance, ou de l'assemblée générale, et même les pouvoirs pour y prendre part. Il en résulte, non seulement une augmentation de frais, mais encore des complications telles que, dans certaines sociétés, il devient presque impossible de constituer une hypothèque inattaquable. Une simplification est réclamée depuis longtemps. » Rapport Clausel de Coussergues. Chambre, 9 avril 1892, *Doc. parlem.*, Chambre, sept. 1892, p. 970. — S., *Lois annotées*, 1893, p. 576. — La disposition a été votée sans débats.

(2) C'est par erreur que M. Faure-Biguet, *Rapp.* sous Cass., 29 janv. 1895, S., 95. 1. 74, ne lui attribue plus qu'un intérêt transitoire.

(3) Baudry Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, II, n. 1415.

(4) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.*

Si le mandat de constituer une hypothèque a été conféré au conseil d'administration d'une société, la mission confiée par ce dernier au directeur de comparaître à l'acte constitutif est une substitution et doit être donnée par acte authentique (1). Mais l'authenticité de la substitution ne suffit pas; il faut qu'en outre, sauf dans le cas prévu par le nouvel article 69 de la loi de 1867, le mandat soit authentique (2).

467. Le mandat de subroger à l'hypothèque légale de la femme mariée doit être également authentique (3).

Il en est de même du mandat de donner mainlevée d'une inscription hypothécaire (4).

468. On admet que le mandat de représenter les futurs ou les tiers au contrat de mariage doit être authentique (5).

Doit encore être authentique le mandat de céder un brevet d'invention (6).

469. Mais lorsque l'authenticité de l'acte est destinée exclusivement à protéger les intérêts des tiers, l'authenticité du mandat n'est pas exigée (7).

Il en est ainsi par exemple si l'authencitité de l'acte est exigée seulement dans un but de publicité ou comme mode de preuve (8).

Ainsi un mandat constitué par un débiteur pour accepter

(1) Cass. req., 27 juin 1881, S., 81. 1. 441, D., 82. 1. 175. — Paris, 5 ou 7 août 1880, précité. — Thaller, *loc. cit.*, p. 7.

(2) Paris, 5 déc. 1887, D., 89. 2. 185, *Ann. dr. comm.*, 88. 101. — Louis Lucas, *Note*, *Ann. dr. comm.*, 1888, *Jurispr.*, p. 103.

(3) Cass. req., 24 mai 1886. S., 86. 1. 247, D., 87. 1. 222.— Pont, I, n. 865 et *Tr. des priv. et hyp.*, II, n. 657; Garsonnet, *Note*, S., 92. 1. 57; Guillouard, n. 40.

(4) Pont, *Tr. des priv. et hyp.*, II, n. 1074 ; Garsonnet, *loc. cit.* ; Guillouard, n. 40 ; Planiol, *loc. cit.*

(5) Cass., 29 mai 1854, S., 54. 1. 437, D., 54. 1. 208.—Trib. civ. Carcassonne, 13 janv. 1891, *Pand. franç.*, 91. 2. 228. — Aubry et Rau, IV, p. 629, § 411 et VI, p. 233, § 502; Rodière et Pont, *Tr. du contr. de mar.*, I, n. 145; Pont, I, n. 865 ; Garsonnet, *loc. cit.* ; Guillouard, n. 40 et *Tr. du contr. de mar.*, I. n. 281; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Tr. du contr. de mar.*, I, n. 81.

(6) Trib. civ. Rouen, 15 juill. 1867, sous Cass., 27 avril 1869, S., 69. 1. 421, D., 70. 1. 122. — Garsonnet, *loc. cit.*; Guillouard, n. 40.

(7) Cass. civ, 20 juill. 1892, S., 92. 1. 415. — Garsonnet, *Note*, S., 92. 1. 57; Guillouard, n. 41 ; Planiol, *loc. cit.*

(8) Besançon, 26 avril 1893, D., 95. 2. 190.

une cession de créance peut n'être pas authentique (1), l'authenticité de l'acceptation n'étant, d'après l'opinion générale, exigée dans l'article 1690 que dans l'intérêt des tiers.

De même, le mandat conféré par un débiteur d'emprunter et, en même temps, de subroger le prêteur aux droits du créancier (C. civ., 1250, n. 2) peut ne pas être authentique (2); en effet, d'après l'opinion générale, l'authenticité de l'acte est exigée ici uniquement pour éviter que la subrogation ne soit faite au préjudice de tiers. Elle ne peut aucunement nuire au débiteur, puisqu'il se trouve, par la subrogation, simplement obligé envers son prêteur dans les conditions où il se trouvait obligé envers le créancier primitif.

470. Le mandat de plaider peut également n'être pas authentique (3).

471. En partant de l'idée que l'authenticité de la renonciation à succession est exigée dans un but de publicité, on admet généralement que la procuration pour faire cette renonciation peut ne pas être authentique (4).

De même pour l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire (5) ou pour la renonciation à communauté (6).

(1) Cass. civ., 20 juill. 1892, S., 92. 1. 415. — Besançon, 26 avril 1893, D., 95. 2. 190.

(2) Cass. civ., 5 août 1891, S., 92. 1. 57, D., 92. 1. 217. Cet arrêt paraît être rendu en fait, car il dit que, *dans l'espèce*, la subrogation ne peut nuire à la situation hypothécaire du débiteur ; mais la vérité, comme nous le disons au texte, c'est qu'elle ne peut jamais lui nuire. — Garsonnet, *loc. cit.* — *Contra* Lyon, 22 déc. 1888, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 400. — Pont, I, n. 865.

(3) Colmar, 8 avril 1817, S. chr. — Carré et Chauveau, *Lois de la procéd.*, I, quest. 44 ; Carou, *Jurid. civ. des juges de paix*, II, n. 1289 ; Bourbeau, *Des just. de paix*, n. 465 ; Allain et Carré, *Manuel des juges de paix*, II, n. 2467 ; Carré, *Compét. des juges de paix*, II, n. 897 ; Ségéral, *Code prat. de la just. de paix*, n. 156 ; Jay, *Dict. des juges de paix*, v° *Mandat*, n. 24 et 25 ; Deffaux et Harel, *Encycl. des huissiers*, v° *Just. de paix*, n. 29; Dutruc, *Formul. annoté des huissiers*, I, p. 83, note ; Bioche, *Dict. des juges de paix*, v° *Audience*, n. 41 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de proc.*, v° *Juge de paix*, n. 60; Félix Berriat-Saint-Prix, *Rev. crit.*, V, 1876, p. 362, n. 17.

(4) Pont, I, n. 866 ; Guillouard, n. 41. — V. notre *Tr. des succ.*, 3e éd., II, n. 1076 et 1607.

(5) Pont, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.* — V. notre *Tr. des succ.*, II, n. 1076 et 1198.

(6) Pont, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.* — V. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Tr. du contr. de mar.*, II, n. 1030.

472. On décide que, dans les cas même où l'authenticité du mandat n'est pas nécessaire, les tiers peuvent exiger que le mandataire soit porteur d'un acte authentique, pour éviter la possibilité d'une signature fausse du mandant ou les abus de blanc seing (1). Cela ne nous paraît pas exact.

Cette solution a été notamment proposée pour les instances en justice (2).

Dans une autre opinion, qui nous paraît plus exacte, l'adversaire peut exiger que la signature du mandant soit légalisée (3).

§ II. *Formes du mandat authentique ou sous seing privé.*

473. Le mandat authentique peut être reçu non seulement en minute, mais aussi, contrairement à la plupart des actes notariés, en brevet ; c'est la disposition formelle de la loi du 25 ventôse an XI (art. 10).

Cette solution s'applique, quoiqu'on ait soutenu le contraire, aux procurations données pour reconnaître un enfant naturel (4), pour faire (5) ou pour accepter (6) une donation. Car le brevet offre autant de garanties que la minute ; il est vrai qu'en ce qui concerne l'acceptation des donations, l'article 933 veut que *l'expédition* de la procuration soit annexée à l'acte de donation ; mais il ne s'exprime pas en termes impératifs et se place en face du cas qu'il suppose le plus usuel.

474. L'authenticité du mandat, dans les cas où elle est requise, peut être remplacée par le dépôt dans une étude de notaire de l'acte sous seing privé qui confère le mandat,

(1) Orléans, 19 nov. 1859, D., 61. 5. 301. — Guillouard, n. 40.

(2) Pigeau, *Comm. C. pr.*, I, p. 21; Jay, *Dict. des juges de paix*, v° *Mandat*, n. 25.

(3) Carré, *Lois de la proc.*, I, quest. 44.

(4) Demolombe, V, n. 408 ; Guillouard, n. 42. — *Contra* Girerd, *Rev. prat.*, 1860, p. 133 s.

(5) Laurent, XII, n. 236 ; Pont, I, n. 864 ; Guillouard, n. 42. — *Contra* Troplong, *Tr. des don.*, II, n. 1113 ; Girerd, *loc. cit.*

(6) Pont, I, n. 864 ; Demolombe, XX, n. 31 ; Guillouard, n. 42. — *Contra* Troplong, *loc. cit.* ; Girerd, *loc. cit.* ; Laurent, XII, n. 242.

quand ce dépôt est fait du consentement de tous les intéressés (1).

Si ce dépôt est fait par un mandataire, il n'est pas nécessaire que le mandat conféré à ce dernier soit authentique (2).

475. Le mandat, même si la loi en exige l'authenticité, par exemple le mandat d'hypothéquer, peut être donné en termes quelconques (3).

476. Si l'acte de mandat est sous seing privé, il n'a pas besoin d'être rédigé en double, puisque la loi considère le contrat de mandat comme unilatéral (4).

Si le mandat est salarié, il devient synallagmatique selon nous (5), et, par suite, il doit être rédigé en double (6); il en est autrement dans l'opinion qui le considère comme unilatéral (7).

Le mandat sous seing privé n'est pas soumis à la formalité du « bon pour ou approuvé » prescrite pour les engagements de payer une somme d'argent par l'article 1326 du Code civil, même s'il est donné à l'effet d'emprunter une somme d'argent (8), car le mandant ne s'engage pas envers le mandataire à payer une somme d'argent.

477. Le mandat peut être donné non seulement par lettre, comme le dit la loi, mais par télégramme (9).

(1) Cass., 11 juillet 1815, S. chr. — Cass., 22 juin 1824, S. chr. — Cass., 13 fév. 1832, S., 32. 1. 792. — Cass. civ., 3 déc. 1889, précité (pour le mandat de constituer hypothèque, conféré par les statuts d'une société à l'administrateur). — Cass. civ., 29 janv. 1895, S., 95. 1. 73 (id.). — Pau. 16 mars 1892, S., 93, 2. 125 (pour le mandat de constituer hypothèque conféré à l'administrateur d'une société). — Vavasseur, *Tr. des soc.*, I, n. 166 *bis*. — V. aussi les autorités citées *supra*, p. 244, note 2.

(2) Pau, 16 mars 1892, précité.

(3) Cass., 8 nov. 1869, S., 70. 1. 23, D., 72. 1. 195. — Guillouard, n. 92.

(4) Guillouard, n. 10 et 37.

(5) V. *supra*, n. 365.

(6) Laurent, XXVII, n. 446.

(7) Guillouard, n. 37.

(8) Cass., 6 fév. 1861, S., 62. 1. 172, D., 61. 1, 366. — Pont, I, n. 863; Laurent, XXVII, n. 447; Guillouard, n. 38.

(9) Alger, 7 avril 1884, S., 86. 2. 92, D., 85. 2. 189. — Guillouard, n. 36. — V. cep. Amiens, 6 fév. 1894, *Rec. d'Amiens*, 94. 178.

§ III. *Du mandat en blanc.*

478. Authentique ou sous seing privé, le mandat, comme nous l'avons dit, peut être donné en blanc (1).

§ IV. *Des cas dans lesquels le mandat doit être écrit.*

479. La question de savoir si le mandat doit être écrit, quand l'écriture de l'acte sur lequel porte le mandat est exigée par la loi, se résout de la même manière que la question de l'authenticité du mandat. Ainsi, lorsqu'un acte est soumis à l'écriture pour que les parties soient obligées de réfléchir sur la portée de la convention, le mandat doit également être écrit (2).

480. Le mandat de comparaître en justice de paix doit être écrit (3). Cela résulte de l'article 9 du Code de procé-

(1) V. *supra*, n. 421.

(2) En Italie, où la vente doit être écrite (C. civ. art. 1314), on a discuté s'il en est de même du mandat conféré à l'effet de vendre. — V. pour l'affirmative Cass. Florence, 29 juil. 1867, Ancone, 12 avril 1877, Cass. Turin, 9 juil. 1878, Turin, 13 déc. 1878, Milan, 1er déc. 1880, cités *Journ. dr. int.*, X, 1883, p. 429. — Pour la négative, V. Turin, 11 mai 1866, Casal, 1er déc. 1868, cités *Journ. dr. int.*, *loc. cit.* — Rome, 30 mars 1882, *Mon. dei trib.*, 1882, p. 909, *Anal. journ. dr. int.*, X, 1883, p. 429.

(3) Cass. civ., 21 juil. 1886, S., 86. 1. 409. — Cass. civ., 22 avril 1890, S., 92. 1. 52. — Trib. paix Melun, 16 sept. 1893, *Gaz. Trib.*, 23 sept. 1893. — Thomine-Desmazures, *Comment. C. pr.*, I, p. 65 ; Pigeau, *Comment. C. pr.*, I, p. 21 ; Chauveau sur Carré, *Lois de la pr.*, I, quest. 44 ; Dutruc, *Suppl. aux Lois de la pr.*, v° *Just. de paix*, n. 46 ; Dutruc, *Formul. annoté des huissiers*, p. 83, note ; Allain et Carré, *Mon. des juges de paix*, n. 2467 ; Bioche, *Dict. des juges de paix*, v° *Audience*, n. 44 et *Dict. de pr.*, v° *Juge de paix*, IV, n. 157 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de pr.*, v° *Juge de paix*, n. 61. — *Contra* Carré, *Comp. jud. des juges de paix*, I, n. 898 ; Jay, *Dict. des juges de paix*, v° *Mandat*, n. 20 s. — Il peut être donné par lettre missive. Cass. civ., 22 avril 1890, précité. — Dutruc, *Formul. des huissiers*, I, p. 83, note ; Carré, *Comp. jud. des juges de paix*, I, n. 897. — En tout cas l'adversaire, en niant le mandat verbal, peut obliger le mandataire à représenter un mandat écrit. Jay, *loc. cit.*

dure. Et d'ailleurs il faut que la procuration soit annexée à la minute du jugement. Il en est de même du mandat de comparaître en conseil de prud'hommes [1].

La procuration pour accepter une succession sous bénéfice d'inventaire, ou pour renoncer à une succession ou à une communauté, doit être écrite [2].

§ V. *Du mandat tacite.*

481. Le droit romain admettait le mandat tacite [3], c'est-à-dire celui qui résulte de la volonté non exprimée du mandant.

Il en était de même de l'ancien droit [4].

Le Code civil admet-il également le mandat tacite? L'affirmative est à peu près unanimement admise en doctrine et en jurisprudence [5], et, à notre avis, il n'y a pas lieu d'hésiter un instant. Les principes sont certains. Le mandat, nous l'avons dit, est un contrat *consensuel* ; or il suffit à la perfection d'un semblable contrat que le consentement des parties existe, quelle que soit d'ailleurs la forme dans laquelle il est manifesté, expressément ou tacitement. L'article 1985, il est vrai, fait naître un léger doute : au premier abord, le rapprochement de ses deux alinéas semble indiquer que, si le consentement du mandataire peut être manifesté tacitement (al. 2), celui du mandant doit l'être

(1) L. 15 juil. 1905, art. 3.

(2) V. notre *Tr. des succ.*, 3e éd., II, n. 1075.

(3) L. 6, § 2, L. 18, L. 53, D., *mand.*, 17. 1. L. 60, D., *De reg. jur.*, 50. 17.

(4) Pothier, n. 29. — *Contra* Chorier, *La jurisprud. de Guy-Pape*, 2e éd., 1769, liv. 5, sect. 1, art. 7, p. 286, quest. 40.

(5) Arrêts et auteurs cités dans les notes suivantes et *infra*, n. 504. — Cass., 30 juin 1842, S., 42. 1. 833. — Cass., 5 janv. 1863, S., 63. 1. 9, D., 63. 1. 77. — Cass., 15 déc. 1874, S., 75. 1. 212, D., 75. 1. 453. — Douai, 20 avril 1891, D., 92. 2. 51. — Troplong, n. 114 s. ; Demolombe, *Rev. de législ.*, 1846, II, p. 443 ; Larombière, *Th. et prat. des oblig.*, art. 1372, n. 12 et 13 ; Pont, I, n. 845; Aubry et Rau, IV, p. 636, § 411, note 1 ; Laurent, XXVII, n. 378 s. ; Colmet de Santerre, V, n. 349 *bis*, III; Labbé, *Note*, S., 76. 1. 401; Guillouard. n. 46; Planiol II, n. 2241. — *Contra* Metz, 10 janv. 1867, S., 67. 2. 313, D., 67. 2. 14. — Proudhon, *Tr. de l'usufr.*, III, n. 1847.

expressément soit par un écrit, soit au moins par des paroles (al. 1). Mais, pour détruire cette induction, il suffit d'entendre le mot *verbalement*, qu'emploie l'alinéa 1er, comme faisant antithèse au cas que la loi vient immédiatement de prévoir, celui où le mandant a manifesté sa volonté par écrit, et comme synonyme par suite de l'expression *sans écrit*. D'ailleurs nous venons de dire que notre ancien droit admettait le mandat tacite, qui dans bien des cas est une nécessité pratique, et il est peu probable que le législateur ait voulu s'écarter de cette tradition, d'autant plus qu'il n'y en avait aucun motif.

Cependant le mandat tacite n'est possible que dans les hypothèses où le mandat ne doit pas être nécessairement écrit ou, à plus forte raison, authentique. Ainsi le mandat d'hypothéquer doit être exprès (1).

Il en est de même du mandat de plaider (2).

482. La question de savoir si un mandat tacite a été conféré est une question d'interprétation. Nous examinons plus loin à quels modes de preuve il y a lieu de recourir pour démontrer l'existence du mandat tacite (3).

483. La gestion d'affaires accomplie sans défense du maître qui la connaît n'est pas un mandat si des faits quelconques ne révèlent pas chez le maître l'intention de considérer comme son mandataire celui qui gère son affaire (4). L'opinion contraire était, à la vérité, reçue dans le droit romain(5)

(1) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, II, n. 1357. — V. à propos de l'étendue du mandat, *infra*, n. 520 s.

(2) Cass. civ., 21 juill. 1886, S., 86. 1. 409. — Thomine-Desmazures, *Comment. C. proc.*, I, p. 65 ; Chauveau et Carré, *Lois de la proc.*, I, quest. 44 ; Allain et Carré, *Manuel des juges de paix*, II, n. 2467 ; Deffaux et Harel, *Encycl. des huissiers*, v° *Just. de paix*, n. 329 ; Bioche, *Dict. des just. de paix*, v° *Audience*, n. 43 et *Dict. de proc.*, v° *Juge de paix*, n. 157 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de proc.*, v° *Juge de paix*, n. 61. — *Contra* Carré, *Comp. jud. des juges de paix*, I, n. 898.

(3) V. *infra*, n. 504.

(4) Cass., 29 avril 1876, S., 76. 1. 215. — Bugnet sur Pothier, n. 29, note 2; Larombière, *Th. et pr. des oblig.*, art. 1372, n. 13; Demolombe, XXXI, n. 65; Pont, I, n. 846 ; Aubry et Rau, IV, p. 637, § 411, note 2 ; Guillouard, n. 48. — *Contra* Troplong, n. 129 s. ; Laurent, XXVII, n. 384.

(5) L. 60, D., *De reg. jur.*, 50. 17.

et l'ancien droit [1], mais l'article 1372 dit formellement qu'il y a gestion d'affaires « soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore. » Du reste, rien n'indique que le silence du maître soit l'équivalent d'un acquiescement, ni à plus forte raison que le gérant connaisse cet acquiescement ; le concours de volontés nécessaire à toute convention ne se produit donc pas.

Mais le mandat tacite résulte de ce qu'un agent d'affaires ou un notaire, ayant offert au propriétaire d'un immeuble de mettre en vente cet immeuble, reçoit du propriétaire la désignation écrite et les titres de propriété de l'immeuble [2]. Le même fait peut se produire entre copropriétaires [3].

Le mandat tacite résulte encore de ce qu'un huissier, ayant demandé à un créancier des pièces nécessaires à une saisie, reçoit ces pièces [4].

On admet que le clerc est mandataire tacite du notaire pour les actes se rattachant à la gestion de l'étude [5].

484. La femme est censée avoir reçu de son mari mandat d'acquérir les fournitures nécessaires d'entretien du ménage; car il est à présumer que, les dépenses étant faites dans l'intérêt des deux époux, chacun d'eux a entendu y participer; les fournisseurs ont donc une action contre le mari [6] et

[1] Pothier, n. 29.
[2] Guillouard, n. 46.
[3] Guillouard, n. 46.
[4] Guillouard, n. 46.
[5] Dijon, 22 nov. 1895, S., 97. 2. 204. — V. aussi Cass. req., 7 nov. 1899, S., 1901. 1. 25.
[6] Cass., 14 fév. 1826, S. chr. — Cass., 3 fév. 1830, S. chr. — Cass., 12 janvier 1874, S., 74. 1. 305. — Rouen, 3 juill. 1895, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 419. — Nancy, 16 janv. 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 322. — Paris 17 juin 1899, D., 1900. 2. 105. — Paris 5 janv. 1904, D., 1905. 2. 249. — Trib. civ. Lyon, 26 nov. 1886, *Mon. jud. Lyon*, 31 janv. 1887. — Trib. civ. Limoux, 9 mai 1888, *Droit*, 11 sept. 1888. — Trib. civ. Marseille, 20 fév. 1889, *Rec. d'Aix*, 89. 2. 38 (frais d'installation). — Trib. civ. Lyon, 8 mars 1889, *Mon. jud. Lyon*, 29 avril 1889. — Trib. civ. Seine, 30 mars 1893, *Journ. dr. int.*, XX, 1893, p. 868. — Trib. civ. Seine, 17 juin 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 232. — Trib. civ. Evreux, 14 janv. 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 227. — Trib. civ. Clamecy, 24 juil. 1902, *Droit*, 23 oct. 1902. — Trib. civ. Seine, 9 juin 1905, D., 1905. 5. 26 (les époux étaient mariés sous le régime sans communauté). — Trib. paix Melun, 15 janv. 1887, *Mon. juges paix*, 87. 115. — Trib. paix Paris, 14 août 1905, D., 1905. 2. 249. — Trib. de

dans la liquidation du passif de la communauté, le prix des fournitures est une dette commune (1).

Le mandat tacite existe également pour les fournitures de toilette (2), les frais de l'éducation des enfants (3), les frais de médecin et de pharmacien (4).

La femme peut même régler avec les fournisseurs le compte des fournitures (5) et promettre des intérêts (6).

On décide aussi quelquefois que la femme qui emploie à un placement le montant de son salaire est réputée mandataire de son mari (7).

Mais les prix des fournitures doivent être réduits comme excédant le mandat tacite du mari, s'ils sont en dispropor-

l'Empire d'Allemagne, 13 mai 1898, S., 1901. 4. 3. — Trib. civ. Bruxelles, 16 juillet 1896, *Pasicr.*, 96. 3. 327. — Valette sur Proud'hon, *Tr. de l'ét. des pers.*, I, p. 458, note a ; Merlin, *Rép.*, v° *Autoris. marit.*, § 7 ; Toullier, II, n. 261 s. ; Duranton, XIV, n. 250 ; Vazeille, *Tr. du mar.*, II, n. 335 ; Bellot des Minières, *Tr. du contr. de mar.*, I, p. 247 ; Odier, *ibid.*, I, n. 251 ; Marcadé, art. 1420 ; Rodière et Pont, *Tr. du contr. de mar.*, II, n. 792 s, ; Troplong, *ibid.*, II, n. 839 et 840 ; Demolombe, IV, n. 169 et 170 ; Aubry et Rau, V, p. 340, § 509, note 49 et p. 341, § 509, notes 55 et 58 ; Laurent, XXII, n. 108; de Loynes, *Note*, D., 91. 2. 257 ; Colmet de Santerre, VI, n. 63 ; Guillouard, n. 49, et *Tr. du contr. de mar.*, II, n. 866 ; Bertin, *Ch. du cons.*, 3e éd., II, n. 828 ; Pascaud, *Rev. crit.*, XII, 1883, p. 171; Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, art. 212, n. 4; Planiol, II, n. 2241. — Décidé de même pour les achats faits à une vente publique de meubles. — Trib. civ. Avranches, 23 nov. 1900, *Mon. jud. Lyon*, 29 mai 1901.

(1) Il est donc entièrement à la charge du mari si la femme renonce à la communauté. — Bordeaux, 8 déc. 1899, *Rec. Bordeaux*, 1900. 1. 184. — Trib. civ. Bruxelles, 17 mai 1905, *Pasicr.* 1905. 3. 252.

(2) Cass. civ., 16 juill. 1889, S., 90. 1. 115. — Aix, 3 mars 1887, *Droit*, 14 oct. 1887. — Paris, 31 juill. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 426. — Paris, 9 janv. 1895, *Gaz. Trib.*, 21 avril 1895. — Paris, 10 janv. 1895, *Loi*, 7 mars 1895. — Trib. civ. Bourges, 7 juill. 1887, *Mon. jud. Lyon*, 17 oct. 1887. — Trib. civ. Seine, 2 déc. 1895, D., 96. 2. 132. — Trib. civ. Seine, 13 nov. 1900, *Droit*, 4 avril 1901. — Trib. civ. Seine, 26 fév. 1901, *Droit*, 7 juil. 1901. — Trib. civ. Bruxelles, 27 mai 1895, *Pasicr.*, 95. 2. 350. — Cela ne s'applique pas, bien entendu, aux fournitures antérieures au mariage. — Trib. civ. Seine 26 fév. 1901, précité.

(3) Trib. civ. Marseille, 20 fév. 1889, précité.

(4) Trib. paix La Ferté Bernard, 4 avril 1898, *Pand. franç.*, 99. 2. 17 (pour un nourrisson).

(5) C. just Genève, 4 avril 1881, S., 81. 4. 30. — Rouen, 3 juill. 1895, précité. — Nancy, 16 janv. 1896, précité. — Trib. civ. Evreux, 14 janv. 1896, précité.

(6) Nancy, 16 janv. 1896, précité.

(7) Amiens, 18 oct. 1893, *Rec. d'Amiens*, 1894, p. 55.

tion avec les besoins (1) ou les ressources du ménage (2).

Ces derniers points sont tranchés souverainement par le juge du fait (3).

Mais il va sans dire que si le mari a reconnu la dette, il ne peut plus soutenir que les fournitures sont excessives (4).

Le mandat tacite, en tout cas, ne s'applique pas aux dépenses de luxe (5).

On admet que la femme qui est séparée de fait de son mari est réputée avoir reçu de ce dernier le mandat tacite d'administrer les produits de son travail (6).

Le mari est à plus forte raison tenu de payer les fournitures faites à sa femme à laquelle il a permis d'occuper un logement séparé (7), ou qui occupe un logement séparé sans qu'il ait tenté de lui faire réintégrer le domicile conjugal (8). On a objecté que le mari qui se désintéresse ainsi de sa femme ne peut être réputé lui avoir donné mandat de l'engager. Mais, en dehors de la manifestation d'une intention

() Rouen, 27 déc. 1809, S. cbr. — Riom, 21 nov. 1846, S., 47. 2. 143. — Paris, 31 juill. 1894, précité (motifs). — Nancy, 16 janv. 1896, précité. — Trib. civ. Lyon, 8 mars 1889, précité. — Trib. civ. Seine, 14 mars 1889, sous Paris, 7 mars 1890, D., 91. 2. 257. — Trib. civ. Seine, 14 janv. 1893, *Loi*, 20 mars 1893. — Trib. civ. Seine, 30 mars 1893, précité. — Auteurs précités ; Bertin, *op. cit.*, II, n. 828, 830 et 831.

(2) Paris, 5 fév. 1895, D., 95. 2. 495. — Paris, 5 mars 1895, *Pand. franç.*, 96. 2. 141. — Paris, 9 déc. 1895, D., 96. 2. 133. — Trib. civ. Bourges, 7 juill. 1887, précité. — Trib. civ. Seine, 3 déc. 1895, précité. — Trib. civ. Seine, 13 nov. 1900, précité. — Trib. civ. Avranches, 23 nov. 1900, précité.

(3) Cass. civ., 16 juill. 1889, précité.

(4) Trib. civ. Seine, 14 mars 1889, sous Paris, 7 mars 1890, D., 91. 2. 257. — De Loynes, *Note*, D., 91. 2. 257.

(5) Trib. paix Bohain, 11 déc. 1899, *Mon. jug. paix*, 1900. 210 (romans).

(6) Paris, 1er août 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 2. *Suppl.*, 84.

(7) Cass., 13 fév. 1844, S., 44. 1. 662. — Dijon, 13 nov. 1895, D., 96, 2. 133. — Paris, 9 déc. 1895, D., 96. 2. 133. — Bertin, *op. cit.*, II, n. 829 ; Pascaud, *Rev. crit.*, XII, 1883, p. 171. — *Contra* Binet, *Note*, D., 1905. 2. 249. — D'après cet auteur il y aurait *autorisation tacite*. Cette opinion soulève des objections ; d'abord la femme fait une dépense *qui incombe au mari*; donc il y a mission d'agir pour ce dernier, c'est-à-dire mandat. Ensuite la validité de l'autorisation tacite est discutée et discutable.

(8) Cass. req., 21 mars 1882, S., 83. 1. 112, D., 82. 1. 362. — Riom, 6 août 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 681. — Paris, 5 janv. 1904, D., 1905. 2. 249. — Trib. paix Paris, 17 avril 1905, D., 1905. 2. 244. — Trib. Empire Allemagne, 13 mai 1898, précité. — Bertin, *op. cit.*, II, n. 829. — *Contra* Binet, *loc. cit.*

contraire du mari, il semble bien que ce dernier, n'ignorant pas que l'entretien de la femme séparée de fait est à sa charge, et ne se préoccupant pas d'exécuter son obligation sur ce point, doit être considéré comme ayant donné à la femme mission de subvenir, elle-même à ses besoins. Il ne se désintéresse aucunement d'elle en la laissant habiter loin de lui, mais manifeste simplement, tout au plus, le désir de ne pas la garder sous son toit.

Le mari est tenu des dépenses, même si la femme est séparée de biens (1). Il n'en est pas tenu si elle est séparée de corps (2), ou même si une instance en séparation de corps ou en divorce est engagée (3).

Il n'en est pas tenu non plus si la femme a quitté le domicile conjugal contre le gré du mari (4), ou si elle recevait de lui une pension pour subvenir à ses besoins (5), ou même si, étant simplement séparée de fait, elle s'est présentée aux fournisseurs comme ayant une existence et des ressources indépendantes (6).

Dans ces cas les tiers n'ont pas d'action contre le mari, même s'il ne les a pas informés de la situation (7).

(1) Paris, 9 janv. 1895, *Gaz. Trib.*, 21 avril 1895. — Trib. civ. Seine, 3 déc. 1895 (séparation contractuelle), D., 96, 2. 322. — Trib. civ. Seine, 13 nov. 1900, *Droit*, 4 avril 1901. — Trib. civ. Bruxelles, 27 mai 1895, précité.

(2) Trib. civ. Seine, 2 juill. 1887, *Loi*, 30 août 1887. — Trib. civ. Lyon, 7 déc. 1901, *Mon. jud. Lyon*, 19 déc. 1901.

(3) Trib. civ. Marseille, 29 fév. 1891, *Rec. Aix*, 91. 2. 120. — Trib. civ. Seine, 15 mars 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 649. — Trib. civ. Clamecy, 24 juill. 1902, *Droit*, 23 octobre 1902. — V. cep. Trib. civ. Seine, 28 fév. 1899, *Droit*, 12 mars 1899.

(4) Paris, 7 et 26 mars 1890, D., 91. 5. 257. — Riom, 6 août 1895, précité. — Trib. civ. Amiens, 9 janv. 1890, *Rec. Amiens*, 91. 205. — Pascaud, *loc. cit.*, et les auteurs cités à la note suivante.

(5) Besançon, 25 juill. 1866, S., 67. 2. 48, D., 66. 2. 149. — Paris, 25 mai 1898, D., 99. 2. 309. — Trib civ. Seine, 7 mai 1883, sous Paris, 22 nov. 1889, D., 91. 2. 257. — Cour d'appel Angleterre, 19 mars 1880, *Journ. dr. int.*, VII, 1880, p. 599. — Ch. lords, 17 nov. 1880, *Journ. dr. int.*, IX, 1882, p. 97. — Trib. Empire Allemagne, 13 mai 1898, précité. — Pothier, *Tr. de la comm.*, I, n. 325; Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 793 ; Marcadé, art. 1420 ; Aubry et Rau, V, p. 340, § 509, note 52 ; Guillouard, *Tr. du contr. de mar.*, II, n. 869 ; Bertin, *op. cit.*, II, n. 829 ; Beudant, *Cours de dr. civ. français*, I, n. 329 ; de Loynes, *Note*, D., 91. 2. 257.

(6) Paris, 30 déc. 1896, D., 97. 2. 320.

(7) Trib. Empire Allemagne, 13 mai 1898, précité.

485. Alors même que le mari a, par un avis public, prévenu les tiers qu'il ne payerait pas les dettes de sa femme, il est tenu envers les fournisseurs qui, en fait, n'ont pas eu connaissance de cet avis (1).

Mais, en principe, il est évident qu'un avis individuel donné aux fournisseurs dégage le mari (2).

Le mari n'est pas tenu davantage si le fournisseur a su ou dû savoir que les fournitures n'étaient pas destinées au ménage (3), ou si les fournitures ont été livrées à la femme, demeurant avec son mari, ailleurs qu'au domicile conjugal (4).

Mais le fait que le mari fournissait à la femme ce qui lui était nécessaire (5), ou lui versait une somme suffisante pour faire ses achats (6), n'empêche pas le mari d'être tenu vis-à-vis des fournisseurs qui l'ont ignoré.

486. La femme est réputée avoir reçu de son mari absent le mandat tacite soit de louer l'appartement qui lui est nécessaire, de sorte que le mari est tenu d'en payer le prix (7), soit de contracter les emprunts nécessaires pour tenir le rang que le mari l'oblige à tenir (8).

486 *bis*. De son côté la femme séparée de biens et vivant avec son mari peut être considérée comme ayant donné mandat à son mari d'acheter toutes les fournitures nécessaires au ménage (9).

486 *ter*. On admet généralement qu'aucun mandat tacite

(1) Douai, 24 déc. 1833, D., 47. 2. 59. — Douai, 13 mai 1846, D., 47. 2. 60. — Rodière et Pont, *op. cit.*, II, n. 796 ; Marcadé, V, art. 1420 ; Aubry et Rau, V, p. 341, § 509, note 57 ; Guillouard, *Tr. du contr. de mar.*, II, n. 867 ; Bertin, *op. cit.*, II, n. 829. — V. cep. Cass., 30 nov. 1868, S., 69. 1. 219, D., 69. 1. 132.

(2) Cass., 12 janv. 1874, S., 74. 1. 305, D., 74. 1. 153. — Bertin, *op. cit.*, II, n. 829. — La règle reprend son empire si, en fait, la défense est expirée. — Cass. civ., 16 juill. 1889, précité.

(3) Trib. civ. Seine, 17 juin 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 232.

(4) Trib. civ. Seine, 10 janv. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 164. — Trib. civ. Seine, 17 juin 1893, précité.

(5) V. cep. Trib. civ. Seine, 9 juin 1905, D., 1905. 5. 26.

(6) V. cep. Trib. civ. Seine, 9 juin 1905, précité.

(7) V. notre *Tr. du contr. de louage*, 3e éd., I, n. 115.

(8) Cass. civ., 17 déc. 1901, S., 1905. 1. 37.

(9) Trib. paix Toulouse, 20 juill. 1901, *Déc. jug. paix*, 1902. 221.

ne peut être reconnu au profit de la concubine [1]. On se fonde sur ce que les articles 1420 et 1421 du Code civil, qui règlent les obligations dérivant de la communauté, ne s'appliquent pas au concubinage. Mais ce n'est pas sur les articles 1420 et 1421 que repose le mandat tacite de la femme : il se justifie par l'idée que la vie en commun suppose dans chacun des deux époux l'intention de participer aux dépenses du ménage ; or ce motif s'applique aussi bien au concubinage qu'au mariage. Il est, d'ailleurs, singulier que les tiers, qui ont pu croire à l'existence d'un lien matrimonial entre les deux époux, par suite des agissements mêmes de ces derniers, se voient opposer par eux l'absence de ce lien.

L'idée de mandat tacite ne peut être exacte lorsqu'il s'agit d'actes qui, en droit, doivent être faits non par le mari, mais par la femme autorisée du mari. En pareil cas il est clair que le mandat tacite est impossible à imaginer, et qu'il ne peut être question que d'autorisation tacite. Par conséquent la femme n'agit valablement que dans l'opinion (généralement repoussée par la jurisprudence) [2] d'après laquelle l'autorisation tacite est valable.

Il en est ainsi, par exemple, pour la location des services de la femme [3] (ce qui ne se confond pas avec le droit d'administrer des biens) ou la faculté de pratiquer des opérations de bourse [4].

486 *quater*. On a également décidé que le père habitant avec ses enfants majeurs, lesquels lui payent pension, a de ces derniers reçu le mandat tacite d'acheter les fournitures communes du ménage [5]. Cela est inadmissible : les enfants,

(1) Paris, 15 avril 1872, 3 janvier 1878, 6 août 1884 et 22 mai 1890, D., 1904. 2. 239 (en note). — Lyon, 14 déc. 1898, *Mon. jud. Lyon*, 25 mars 1899. — Trib. civ. Seine, 10 déc. 1901 et 6 janvier 1902, D., 1902. 2. 238. — Trib. civ. Seine, 11 déc. 1901, D. 1902. 2. 133.

(2) V. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, II.

(3) V. P. Binet, *Note*, D., 1905. 2. 251. — *Contra*, Cass. req., 6 août 1878, D., 79.1.100.

(4) *Contra* Paris, 5 janv. 1904, D., 1905. 2. 249.

(5) Trib. paix Dunkerque, 10 janv. 1901, D., 1903. 2. 305. — Planiol, *Note*, D., 1903. 2. 305.

par cela même qu'ils payent pension à leur père, entendent n'être débiteurs que de ce dernier. Il est d'ailleurs injuste que, lui ayant payé pension, ils soient exposés à une action des fournisseurs (1). On objecte qu'ils ont profité des fournitures ; l'argument est inexact ; car, soldant le montant des fournitures au père, ils cessent ainsi de tirer profit des livraisons faites.

487. En principe on ne peut admettre la présomption que des achats faits à crédit par un domestique ont été faits pour le compte du maître et que ce dernier doit, par conséquent, les payer (2).

Toutefois il peut en être autrement si les achats antérieurs du maître auprès du même fournisseur étaient également à crédit (3).

Le maître est également responsable des fournitures faites à crédit au domestique, s'il avait l'habitude de les faire prendre à crédit par le domestique et quoiqu'en fait le maître prétende n'avoir pas donné mandat au domestique de se faire donner ces fournitures (4).

487 *bis*. Le voyageur de commerce n'est pas réputé avoir, pour ses dépenses d'hôtel, mandat tacite de son patron (5) ; car l'usage est qu'il reçoive pour ces dépenses une indemnité spéciale.

488. L'avoué est fréquemment considéré comme ayant le

(1) D'autant plus que, sous prétexte qu'il est impossible de déterminer dans quelle mesure les enfants ont profité des fournitures, on donne aux fournisseurs une action solidaire contre eux (V. le jugement précité, ce qui est contraire à tous les principes.

(2) Cass., 22 janv. 1812, S. chr. — Paris, 13 sept. 1828, S. chr. — Paris, 18 avril 1838, S., 38. 2. 218. — Trib. civ. Versailles, 22 avril 1886, *Pand, franç.*, 86. 2. 181. — Trib. civ. Marseille, 31 oct. 1888, *Rec. Aix.*, 89. 2. 74. — Trib. civ. Lyon, 24 fév. 1891, *Mon. jud. Lyon*, 3 août 1891. — Trib. civ. Seine, 28 avril 1893, *Loi*, 7 juill. 1893. — Trib. civ. Seine, 20 mai 1893, *Loi*, 20 juill. 1893. — Trib. paix Marly-le-Roi, 11 oct. 1893, *Gaz. Pal.*, 94. 1. *Suppl.*, 4. — Troplong, n. 134 et 603 ; Pont, I, n. 850 ; Aubry et Rau, IV, p. 637, § 411. note 1 ; Guillouard, *Tr. du mandat*, n. 50 ; Planiol, II, n. 2241.

(3) Trib. civ. Seine, 10 fév. 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 1. 422.

(4) Trib. civ. Seine, 28 avril 1893, *Loi*, 7 juill. 1893. — Trib. civ. Seine. 20 mai 1893, *Loi*, 19 juill. 1893. — Duranton, XVIII, n. 220 ; Pont, I, n. 850; Laurent XXVII, n. 390 ; Guillouard, n. 50.

(5) Trib. com., Havre, 1er juill. 1902, *Rec. Havre*, 1902. 1. 195.

mandat tacite de faire des pièces remises entre ses mains l'usage nécessaire (1). L'huissier a mandat tacite de toucher le montant des effets qu'il proteste (2).

489. La personne chez laquelle domicile est élu n'a pas par là-même le pouvoir de recevoir le payement (3).

Ainsi le notaire dans l'étude duquel le créancier a fait élection de domicile pour un payement ne reçoit pas, par là-même (4), mandat de toucher la créance.

Mais le juge du fait peut faire résulter le mandat des circonstances (5).

De même la stipulation qu'une dette est payable dans l'étude d'un notaire ne lui confère pas, en principe, le man-

(1) Cass., 18 fév. 1851, S., 51. 1. 353, D., 51. 1. 299. — Grenoble, 9 déc. 1815, S. chr. — Bordeaux, 31 mai 1839, S., 39. 2. 408. — Bruxelles, 21 sept. 1831, P. chr. — Carré et Chauveau, *Lois de la procéd.*, I, quest. 382 ; Boncenne, *Cours de procéd.*, II, p. 262 ; Bioche, *Dict. de procéd.*, v° *Avoué*, n. 127 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de procéd.*, v° *Avoué*, n. 271. — Le contraire peut également résulter des circonstances. Cass., 1er mars 1886, S., 86. 1. 314 (le mandat de produire à un ordre ne résulte pas de l'envoi à l'avoué par un notaire d'une copie d'exploit si l'avoué était étranger au créancier). — Rennes, 15 avril 1816, S. chr. (si la remise de l'assignation n'est pas faite par la partie). — Lyon, 30 août 1824, S. chr. (si les pièces nécessaires n'ont pas été toutes envoyées à l'avoué).

(2) Planiol, II, n. 2241.

(3) Cass. req., 6 frim. an XIII, S. chr., D. *Rép.*, v° *Domicile élu*, n. 22. — Cass. req., 25 janv. 1893, S., 94. 1. 186, D., 93. 1. 193. — Lyon, 16 fév. 1860, S., 61. 2. 607, D., 60. 2. 78. — Paris, 18 avril 1872, D., 75. 2. 47. — Riom, 31 janv. 1876, sous Cass., 22 nov. 1876, S., 77. 1. 65, D. 77. 1. 150. — Larombière, *Th. et prat. des oblig.*, art. 1239, n. 10 ; Demolombe ; XXVII, n. 153 ; Laurent, XVII, n. 531.

(4) Cass., 12 mars 1844, S., 44. 1. 321. — Cass., 10 déc. 1889, S., 90. 1. 244. — Cass. req., 25 janv. 1893, S., 94. 1. 186, D., 93. 1. 193. — Cass. req., 5 nov. 1900, S., 1905. 1. 442, D. 1901. 1. 23. — Metz, 23 fév. 1864, S., 64. 2. 260. — Rennes, 11 avril 1867, S., 69. 2. 45. — Riom, 31 janv. 1876, sous Cass., 22 nov. 1876, S., 77. 1. 65, D., 77. 1. 150. — Rennes, 14 avril 1884, sous Cass., 28 fév. 1887, S., 90. 1. 325. — Grenoble, 31 janv. 1887, *Rec. Grenoble*, 87. 75. — Bordeaux, 13 juin 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 635. — Lyon 1er août 1890, *Gaz. Pal.* 90. 2. 635. — Amiens, 26 mars 1899, *Rec. Amiens*, 99. 155. — Toulouse, 17 nov. 1900, *Gaz. Trib. Midi*, 2 déc. 1900. — Douai 22 fév. 1901, S., 1903. 2. 138. — Orléans 12 mai 1905, *Droit*, 28 mai 1905. — Trib. civ. Cosne, 5 juin 1899, *Gaz. Trib.*, 11 août 1899.

(5) Mêmes arrêts. — Trib. civ. Seine, 7 déc. 1893 *Mon. jud. Lyon*, 12 avril 1894. — Sur le point de savoir si l'élection de domicile est un commencement de preuve par écrit, V. *infra*, n. 505.

dat tacite de recevoir la somme (1). Mais le contraire peut résulter des circonstances, notamment des habitudes du créancier (2). Le juge du fait est souverain sur ce point (3).

En tout cas le notaire dans l'étude duquel une partie fait élection de domicile pour y recevoir les actes ou les significations qui la concernent a le mandat tacite, si l'élection a été faite avec son consentement, non seulement de les recevoir, mais de les transmettre à la partie (4).

490. Le notaire a, d'après l'opinion générale, qualité pour faire, vis-à-vis de l'administration de l'enregistrement, la déclaration estimative, que l'article 16 de la loi du 22 frimaire an VII impose aux parties, des valeurs soumises au droit proportionnel (5).

(1) Cass., 23 nov. 1830, S., 31. 1. 153. — Cass., 21 nov. 1836, S., 36. 1.892. — Cass. req., 10 déc. 1889, S., 90. 1. 244 (surtout si une clause de l'acte porte que pour se libérer par anticipation l'acquéreur doit prévenir le vendeur). — Douai, 29 nov. 1849, S., 50. 2. 223, D., 52. 2. 161. — Bordeaux, 11 juill. 1859, S., 60. 2. 92, D., 60. 2. 78. — Lyon, 16 fév. 1860, S., 61. 2. 607. D., 60. 2. 92. — Douai, 29 nov. 1862, S., 64. 2. 260. — Rennes, 11 avril 1867, S., 69. 2. 45. — Riom, 31 janv. 1876, sous Cass., 22 nov. 1876, S., 77. 1. 65, D., 77. 1. 150. — Rennes, 14 avril 1884, sous Cass., 28 février 1887, S., 90. 1. 325. — Douai, 22 fév. 1901, D., 1902. 2. 343. — Trib. civ. Toulouse, 28 fév. 1888, *Gaz. Midi*, 22 avril 1888. — Trib. civ. Versailles, 28 fév. 1889, *Mon. Lyon*, 31 août 1889. — Trib. civ. Amiens, 1er mars 1890, *Rec. Amiens*, 90. 117. — Trib. civ. Seine, 8 fév. 1894, *Loi*, 18 avril 1894. — Trib. civ. Niort, 17 mai 1895, *Gaz. Trib.*, 29 août 1895. — Trib. civ. Lyon, 5 juil. 1899, *Droit*, 12 nov. 1899. — Bruxelles, 23 oct. 1893, *Pasicr.*, 94. 2. 111. — Trib. civ. Lyon, 19 juill. 1895, *Mon. jud. Lyon*, 11 nov. 1895. — Riom, 21 juill. 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 279. — Bordeaux, 16 déc. 1891, *Loi*, 19 mars 1892. — Duranton, XII, n. 49 *bis* ; Pont, I, n. 855 ; Aubry et Rau, IV, p. 153 § 317, note 7 ; Guillouard, n. 53.

(2) Cass., 12 mars 1844, S., 44. 1. 321. — Douai, 29 déc. 1862, S., 64. 2. 260. — Riom, 31 janv. 1876, précité. — Rennes, 14 avril 1884, précité. — Nîmes, 16 avril 1894, sous Cass. req., 14 janv. 1896, D., 96. 1. 558. — Trib. civ. Lyon, 5 juil. 1899, précité. — Pont, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

(3) Cass. req., 10 déc. 1889, précité.

(4) Cass. req., 1er mars 1886, S., 86. 1. 314 (sommation de produire à un ordre). — Nancy, 22 déc. 1853, S., 54. 2. 204. — Montpellier, 4 juill. 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 532. — Nancy, 28 mai 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 45 (sommation de produire à un ordre). — Trib. civ. Castres, 27 déc. 1888, *Gaz. Trib. Midi*, 5 mai 1889. — Dutruc, *Rev. du not.*, 1877, n. 5410. — V. cep. Cass. req., 5 fév. 1884, S., 86. 1. 423. — Trib. civ. Toulouse, 11 mars 1889, *Gaz. Trib. Midi*, 31 mars 1889.

(5) Trib. civ. Gand, 19 avril 1882, *Journ. enreg. belge*, n. 4541. — Championnière et Rigaud, n. 3267 ; Bastiné, *Théorie du droit fiscal*, I, 1883, n. 83. — *Contra* Trib. paix Lecloo (Belgique), 24 nov. 1881, *Journ. enreg. belge*, n. 14512. —

Mais cette déclaration ne lie pas les parties envers la régie [1].

En tous cas, si cette déclaration par son insuffisance expose les parties à une pénalité ou par son exagération entraîne la perception de droits trop élevés, le notaire est responsable envers la partie [2].

491. Le notaire ou tout autre mandataire est souvent considéré comme ayant reçu des mandats tacites accessoires au mandat exprès qui lui est conféré ; nous insisterons sur ce point en étudiant la responsabilité du notaire [3] et l'étendue du mandat [4].

492. La question de savoir si un mandat tacite a été conféré est réglée par la loi du lieu où se trouve le mandataire au moment où les intéressés prétendent que le mandat est formé [5], car c'est en ce lieu que le contrat présumé se conclut et la forme du contrat est réglée par la loi du lieu où il est passé.

§ VI. *De l'acceptation du mandat.*

493. L'article 1984 alinéa 2 dit : « *Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.* » Jusque-là il n'y aura qu'une proposition non acceptée, une pollicitation ne pouvant engendrer ni droits ni obligations. L'acceptation du mandataire ne doit pas nécessairement être expresse. On lit dans l'article 1985 alinéa 2 : « *L'acceptation du mandat peut n'être que « tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le « mandataire.* »

Par cela même que les notaires sont tenus de faire enregistrer les actes de leur ministère, ils ont le droit de faire les déclarations en l'absence desquelles la formalité serait refusée.

(1) Déc. rég. belge, 28 fév. 1845, *Journ. enreg. belge*, art. 3440 (avant de faire une expertise à raison de l'insuffisance de la déclaration du notaire, la Régie doit mettre les parties en demeure d'approuver ou de modifier la déclaration). — *Contra* Bastiné, *op. cit.*, I, p. 55, note 1.

(2) Bastiné, *op. cit.*, p. 55, note 1.

(3) V. *infra*. n. 622 s.

(4) V. *infra*, n. 519 s.

(5) Décidé implicitement que la question de savoir dans quelle mesure une femme a mandat tacite de son mari est une question de capacité réglée par la loi nationale des parties. — Trib. civ. Seine, 30 mars 1893, *Journ. dr. int.*, XX, 1893. p. 868. — Cela n'est pas soutenable.

494. Ordinairement l'acte écrit qui est dressé pour assurer la preuve d'un contrat constate le *consentement* des parties, c'est-à-dire leur volonté commune convergeant vers un même but. Les choses se passent rarement ainsi, quand il s'agit d'un mandat. Presque toujours l'acte écrit qui en est dressé constate, non le consentement des parties, mais seulement la volonté de l'une d'elles, du mandant, qui donne ou plutôt offre au mandataire un pouvoir que celui-ci est libre d'accepter ou de refuser. C'est plus tard que surviendra l'acceptation du mandataire, et le plus souvent elle sera tacite, par conséquent non constatée par l'écriture.

495. Le mandataire ne peut accepter le mandat que comme il lui a été offert, c'est-à-dire d'une manière indivisible ; ainsi le mandataire commet une faute si, ayant fait un acte qui démontre l'acceptation l'une des clauses du mandat, il omet d'exécuter les autres clauses de ce mandat (1).

496. L'acceptation du mandat ne peut plus intervenir après la mort du mandant : il en est du mandat comme de toute autre offre.

Les actes faits par le mandataire qui accepte dans l'ignorance de la mort du mandant sont nuls (2) ; on ne saurait objecter en sens contraire l'article 2008, qui valide les actes passés par le mandataire dans l'ignorance de la mort du mandant. Les deux hypothèses sont toutes différentes ; du reste, l'article 2008 a pour but un retour au droit commun, car, en principe, les contrats ne cessent pas par la mort des contractants ; en étendant l'article 2008 à notre cas, on dérogerait au contraire au droit commun, puisque les offres ne peuvent plus être acceptées après la mort de l'une des parties.

497. L'acceptation du mandat, nous l'avons dit, peut être tacite comme le mandat lui-même ; cela a été exprimé dans les travaux préparatoires (3) et cela résulte textuellement de l'article 1985.

(1) Trib. comm. Seine, 6 déc. 1893, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 50.
(2) Nancy, 5 juillet 1894, *Gaz. Trib.*, 25 août 1894.
(3) Rapport de Tarrible au Tribunat, Fenet, XIV, p. 189.

Lorsque la procuration est remise par le mandant entre les mains du mandataire sans qu'il proteste, on admet que son silence doit être regardé comme une acceptation (1), et c'est ce que disait déjà Pothier (2). Il nous paraît en effet que, dans la plupart des cas, le silence peut être interprété comme un acquiescement; mais le juge du fait peut décider le contraire et sa solution est souveraine.

Que si la procuration est envoyée au mandataire par la poste ou lui est remise par un tiers, son silence ne doit pas, en principe, être considéré comme un acquiescement (3). C'est encore ce que disait Pothier (4).

Toutefois il en est autrement si le mandataire, par sa profession, se charge habituellement d'affaires du genre de celle à laquelle se rapporte le mandat: dans ce cas, s'il refuse le mandat, il doit le dire immédiatement (5).

Il en est ainsi:

Du notaire (6),

De l'avoué (7),

De l'huissier (8),

De l'agent d'affaires (9).

498. Il va sans dire que l'acceptation du mandat n'est pas obligatoire.

L'avocat notamment peut refuser la mission qui lui est conférée (10), que cette mission constitue ou non un mandat (11).

(1) Cass. req., 18 fév. 1851, S., 51. 1. 353, D., 51. 1. 299. — Cass. civ., 20 nov. 1888, S., 89. 1. 9, D., 89. 1. 413 (transmission de pièces à un huissier). — Cass. civ., 15 nov. 1904, D., 1905. 1. 32 (*id.*). — Guillouard, n. 44. — V. *supra*, n. 488.

(2) N. 32.

(3) Guillouard, n. 44.

(4) N. 33.

(5) Guillouard, n. 45.

(6) Guillouard, n. 45.

(7) Cass , 18 fév. 1851, S., 51. 1. 353, D., 51. 1. 299. — Guillouard, n. 45. — V. *supra*, n. 488.

(8) Guillouard, n. 45.

(9) Guillouard, n. 45.

(10) Riom, 11 juill. 1828, S. chr., D. *Rép.*, v° *Avocat*, n. 237. — De Peyronnet, Rapport au roi sur l'ord. du 30 nov. 1822, dans Liouville, *De la prof. d'avocat* (2e éd., 1864), p. 412; Mollot, *Règles de la prof. d'avocat*, I, 2e éd., 1866, p. 79 et 106 ; Garsonnet, I, p. 400, § 102.

(11) V. *supra*, n. 378 s.

499. L'offre émane quelquefois du mandataire et l'acceptation du mandant. Ainsi, lorsque, par une lettre ou une circulaire, une personne sollicite une autre personne de lui confier un recouvrement de fonds, l'acceptation de cette dernière forme le mandat (1).

Si, par des annonces publiques, le mandataire a provoqué le mandat, en déclarant qu'il accepterait tous les mandats relatifs à des affaires du genre de celle à laquelle se rapporte le mandat, il ne peut pas refuser le mandat, car l'acceptation a eu lieu d'avance; on peut, du reste, tirer un argument d'analogie de la jurisprudence qui oblige les négociants à vendre leurs marchandises au prix fixé par des annonces publiques.

On soutient cependant que le mandataire peut décliner le mandat, à la condition d'en faire la déclaration immédiate au mandant (2).

Dans tous les cas, le mandataire qui a directement offert au mandant de se charger d'une affaire ne peut plus refuser le mandat qui lui est offert.

§ VII. *Du lieu où se forme le mandat.*

500. La question de savoir où se forme le contrat de mandat, quand le mandant ou le mandataire ne se trouvent pas dans le même pays, dépend du point de savoir si, en général, un contrat se forme au lieu où l'offre d'un contractant est acceptée par l'autre, ou au lieu où l'acceptation de ce dernier est portée à la connaissance du premier. La première opinion est la plus répandue (3).

(1) Douai, 20 avril 1891, D, 92. 2. 51.

(2) Guillouard, n. 45.

(3) V. à propos du mandat, dans le deuxième sens, Laurent, *Dr. civ. intern.*, VII, n. 452 et 453, et dans le premier sens Casaregis, *Disc. leg. de comm.*, disc. 179, n. 1; Saviguy, *Tr. de dr. romain*, VIII, § 372; Fiore, *Dr. intern. privé*, 2e éd., n. 248; Despagnet, *Précis de dr. int.*, n. 477; Diena, *Journ. dr. int. pr.*, XXIII, 1896, p. 284 ; Fœlix, *Dr. intern. privé*, I, n. 105 ; Surville et Arthuys, *Dr. intern. privé*, p. 234; Audinet, *Princ. élém. du dr. intern. privé*, n. 384 ; Jettel, *Handbuch des intern. Privatrechts*, p. 109. § 32. — D'après quelques-uns de ces derniers auteurs, le contrat de mandat doit être réputé se former au lieu d'où part l'acceptation du mandataire, alors même qu'en principe on déci-

C'est donc par la loi du lieu où le mandataire fournit son acceptation que se règlent les formes et les effets du mandat [1].

Dans une autre opinion, on prétend que le contrat se forme au lieu où le mandataire a été constitué, et on en conclut que la législation de ce lieu régit les conditions et les effets du mandat et même du contrat passé par le mandataire avec les tiers. Le contrat passé entre le mandataire n'est, dit-on en ce sens, que la conséquence du mandat, puisque le droit de contracter est acccordé au mandataire par le mandat.C'est donc en principe la loi du domicile du mandat qui doit être consultée. Si, ajoute-t-on, le contrat est réputé se former au lieu même où le mandataire contracte avec le tiers, ce n'est pas moins la volonté du mandant que fait connaître le mandataire et cette volonté se manifeste au lieu où se trouve le mandant [2].

SECTION II

PREUVE DE L'EXISTENCE DU MANDAT

§ I. *Preuve du mandat entre les parties.*

I. *Modes de preuve.*

501. Entre les parties, la preuve du mandat a lieu suivant le droit commun, ainsi que le décide expressément l'article 1985.

Ainsi, au-dessus de 150 francs la preuve testimoniale ou par présomptions n'est admise que s'il y a un commencement de preuve par écrit [3].

derait que les contrats se forment au lieu où est reçu l'avis de l'acceptation ; ils se fondent sur ce que, les codes (C. civ. 1985) admettant que l'acceptation du mandat peut être tacite et résulter de l'exécution, il résulte de là que le lien juridique se forme sans que l'acceptation soit connue du mandat. — Diena, *loc. cit.*,: Fiore, *loc. cit.*

(1) Sur ces effets en droit international, V. *infra*, n. 697 s., 770 s.

(2) De Bar, *Th. und Pr. des int. Privatrechts*, II, p. 68, n. 268 ; Asser et Rivier, *Dr. int. privé*, n. 97.

(3) Cass., 6 fév. 1837, S., 37. 1. 201. — Cass., 2 juin 1847, D., 47, 1. 208. — Cass., 19 juill. 1854, S., 54. 1. 603, D., 58. 1.25. — Cass., 17 nov. 1856, S., 58. 1. 64. D., 57. 1.58. — Cass., 21 mai 1861, S., 61. 1.606, D., 61. 1.

Cela a été appliqué à la question de savoir si le notaire rédacteur d'un acte a été, dans cet acte, le mandataire des parties [1].

On admet cependant que le médecin, considéré généralement comme mandataire [2], est dans l'impossibilité de se procurer une preuve par écrit de ses visites et peut les prouver par témoins, même au-dessus de 150 francs [3].

On a également décidé que le mandat donné par un maître à son domestique, et rentrant dans les attributions normales de ce dernier (par exemple le mandat de payer une dette), peut toujours être prouvé par témoins, la qualité de domestique faisant supposer celle du mandataire [4]. Cet argument est divinatoire. En réalité le maître pouvait se procurer une preuve par écrit ; la preuve des témoins n'est donc, en droit strict, admissible que dans les conditions du droit commun.

D'autre part, comme tous les actes commerciaux (C. com., 109), le mandat commercial peut être prouvé, quel que soit le chiffre, par témoins ou par présomptions [5], dont les juges du fait sont seuls appréciateurs [6].

389. — Cass., 29 décembre 1875, S., 76. 1. 401, D., 75. 1. 149. — Cass., 9 juill. 1890, S., 92, 1.557. — Cass. civ., 4 nov. 1902, D., 1902. 1. 521. — Cass. civ., 8 avril 1903, D., 1904. 1. 541. — Grenoble, 8 janv. 1887, *Mon. jud. Lyon*, 5 avril 1887. — Nîmes, 8 fév. 1887, *Rec. Nîmes*, 87. 129. — Douai, 11 nov. 1891, D., 92. 2. 352. — Dijon, 26 déc. 1892, *Rev. bourguignonne de l'enseig. sup.*, III, 1893, p. 167. — Trib. civ. Annecy, 3 mai 1888, *Loi*, 31 mai 1888. — Trib. civ. Rennes, 5 fév. 1892, *Rec. d'Angers*, 92. 290. — Pont, I, n. 872 s. ; Laurent, XXVII, n. 454 ; Guillouard, n. 61. — Il a été cependant décidé que la preuve du mandat donné à un notaire de faire inscrire l'hypothèque conférée par un acte de son ministère résulte de l'ignorance de ses clients. Lyon, 20 mars 1900, D., 1901. 2. 201.

(1) Bruxelles, 18 juin 1895, *Pasicr.*, 95. 2. 363. — Trib. civ. Anvers, 2 déc. 1893, *Pasier.*, 94. 2. 197.

(2) V. *supra*, n. 378 s.

(3) V. *infra* n. 753.

(4) Trib. civ. Lille, 21 janv. 1904, *Droit*, 9 avril 1904.

(5) Cass., 22 avril 1864, S., 64. 1. 244. — Cass., 14 juill. 1875, S., 76. 1. 15. — Cass., 16 mai 1881, S., 83. 1. 207, D., 83. 1. 24. — Cass. req., 29 avril 1889, S., 90. 1. 119. — Cass. crim., 3 janv. 1890, S., 90. 1. 144. — Cass. req., 29 nov. 1899, S., 1901. 1. 187. — Montpellier, 28 avril 1900, *Mon. jud. Midi*, 8 avril 1900. — Bruxelles, 26 mai 1884, D., 86. 2. 185. — Guillouard, n. 61 ; Chauveau et Faustin Hélie, *Th. du C. pén.*, 6e éd., V, n. 2267.

(6) Cass., 14 juill. 1875, précité. — Cass. req., 29 avril 1889, précité.

502. La preuve par l'aveu des parties peut toujours être faite.

Ainsi le mandat est prouvé contre le mandant par le fait qu'il a reçu, sans protester, un compte rendu de l'exécution du mandat ([1]).

De même, les conclusions écrites de l'une des parties, dans une instance engagée contre l'autre partie, peuvent prouver le mandat vis-à-vis de la première ([2]).

503. De ce que le mandat ne peut être prouvé par témoins ou présomptions au-dessus de 150 francs, il faut conclure qu'on ne peut pas davantage prouver de cette manière au-dessus de 150 francs que le mandataire désigné dans le contrat dissimule un tiers, mandataire réel ; car cette preuve équivaut à démontrer qu'un mandat a été confié à ce dernier. Il faut même aller jusqu'à décider que cette preuve ne peut être faite, même jusqu'à 150 francs, par témoins ou présomptions, car on ne peut jamais employer ces modes de preuve contre le contenu d'un acte (C. civ. art. 1341).

Mais il faut autoriser, conformément au droit commun, l'emploi des témoins et des présomptions, même au-dessus de 150 francs, s'il y a fraude à la loi, c'est-à-dire si un faux mandataire a été désigné pour éviter la désignation d'un mandataire qui ne pouvait être légalement désigné ([3]).

503 *bis*. Les règles qui précèdent sont applicables même au mandat d'accomplir des faits matériels ([4]). Si un fait matériel peut toujours être prouvé par témoins et présomptions, c'est qu'il ne comporte pas la rédaction d'un écrit ; or le mandat est un contrat et comporte la rédaction d'un écrit.

504. D'après l'opinion générale, le mandat tacite se prouve de la même manière que le mandat exprès ([5]). C'est, en effet,

([1]) Trib. civ. Seine, 18 nov. 1892. *Gaz. Pal.*, 93. 1. 176 (ordre de bourse).

([2]) Cass. req., 21 mars 1894, S., 95. 1. 181.

([3]) Cass. req., 28 mai 1888, S., 89. 1. 78, D., 89. 1. 187 (preuve que le mandat confié à un clerc de notaire, rédacteur de l'acte, a été en réalité confié au notaire).

([4]) Wahl, *Note*, S., 1902. 4. 21. — *Contra* Venise, 7 mars 1899, S., 1902. 4. 20 (mandat de détruire un testament).

([5]) Cass., 7 déc. 1868, S., 69. 1. 60, D., 69. 1. 14. — Cass. civ., 29 déc. 1875,

dit-on, un contrat, et tous les contrats sont soumis aux mêmes règles de preuve ; d'ailleurs l'article 1985 renvoie, pour la preuve du mandat, sans distinction, aux règles du droit commun.

Ainsi au-dessus de 150 francs la preuve par témoins n'est reçue, dans cette opinion, qu'avec un commencement de preuve par écrit (1).

Nous pensons, au contraire, que le mandat tacite peut être établi par tous les modes de preuve (2). Les règles généra-

S., 76. 1. 401, D., 76. 1. 149. — Cass. req., 22 nov. 1876, S., 77. 1. 65, D., 77. 1. 150. — Cass. req., 5 mai 1879, S., 81. 1. 412, D., 79. 1. 463. — Cass. req., 16 mai 1881, S., 83. 1. 207, D., 83. 1. 24. — Cass. req., 11 juill. 1883, S., 84. 1. 389. — Cass. civ., 28 fév. 1887, S., 90. 1. 325. — Cass. req., 9 juill. 1890, S., 92. 1. 557, D., 91. 1. 380 (sol. impl.). — Cass., 30 avril 1895, S., 97. 1. 139. — Cass. req., 7 nov. 1899, S., 1901, 1. 25, D., 99. 1. 563. — Cass. civ., 4 nov. 1902, S., 1902. 1. 488 (mandat à un avoué de produire à un ordre). — Cass. civ., 22 juin 1903, S., 1903. 1. 478 (mandat à un notaire de toucher une somme). — Metz, 10 janv. 1867, S., 67. 2. 313, D., 67. 2. 14. — Orléans, 5 juin 1889, *Loi*, 30 juin 1889. — Douai, 6 mars 1891, D., 91. 2. 363. — Montpellier, 1er juin 1891, S., 92. 2. 103. — Amiens, 28 janv. 1892, S., 94. 2. 177, D., 93. 2. 158. — Nîmes, 16 avril 1894, D., 96. 1. 558. — Toulouse, 17 nov. 1900, *Gaz. trib. Midi*, 2 décembre 1900. — Bordeaux, 24 déc. 1900, *Rec. Bordeaux*, 1901. 1. 221. — Poitiers, 15 juill. 1903, *Gaz. Trib.*, 10 nov. 1903, *Droit*, 13 nov. 1903. — Trib. civ. Bazas, 4 déc. 1894, *Rec. de Bordeaux*, 95. 25. — Trib. civ. Bazas, 15 janv. 1895, *Droit*, 3 mai 1895. — Trib. civ., Trévoux, 20 déc. 1893, *Mon. jud. Lyon*, 4 juin 1894. — Trib. civ. Seine, 11 déc. 1901, D., 1902. 2. 133. — Orléans, 8 août 1893, *France jud.*, 93. 2. 392. — Nîmes, 16 avril 1894, sous Cass. req., 14 janv. 1896, D., 96. 1. 558. — Besançon, 31 déc. 1894, S., 95. 2. 100, D., 96. 2. 77. — Trib. civ. Vervins, 17 mai 1900, *Gaz. Trib.*, 10 nov. 1900. — Bruxelles, 16 mars 1858, *Pasicr.*, 59. 2. 31. — Bruxelles, 13 avril 1872, *Pasicr.*, 72. 2. 219. — Bruxelles, 23 oct. 1893, *Pasicr.*, 94. 2. 111. — Troplong, n. 142 ; Pont, I, n. 873 ; Aubry et Rau, IV, p. 638, § 411 ; Laurent, XXVII, n. 454 ; Guillouard, n. 63, Planiol, II, n. 2242.

(1) Cass. civ., 29 déc. 1875, précité. — Cass. civ., 28 fév. 1887, précité (mandat à un notaire, chez lequel domicile est élu, de toucher la créance) — Cass. req., 9 juill. 1890, précité. — Cass. req., 7 nov. 1899, précité. — Montpellier, 1er juin 1891, précité. — Amiens, 28 janv. 1892, précité. — Toulouse, 17 nov. 1900, précité (mandat à un notaire chez lequel domicile est élu). — Poitiers, 15 juill. 1903, précité. — Trib. corr. Périgueux, 7 juin 1893, *Droit*, 1er juill. 1893. — Trib. civ. Seine, 7 déc. 1893. *Mon. jud. Lyon*, 12 avril 1894. — Trib. civ. Trévoux, 20 déc. 1893, précité. — Trib. civ. Vervins, 17 mai 1900, précité. — Trib. civ. Seine, 11 déc. 1901, précité.

(2) Bordeaux, 9 mai 1894, D., 95. 2. 492 (mandat au notaire de négocier un prêt). — Trib. civ. Bordeaux, 18 janv. 1887, *Rec. des assur.*, 87. 160. — Trib. civ. Lyon, 13 juin 1900, *Mon. jud. Lyon*, 20 sept. 1900 (mandat au notaire d'accomplir des formalités). — Labbé, *Note*, S., 76. 1. 401 ; Wahl, *Note*, S., 1901. 1. 25.

les de la preuve ne sont applicables qu'aux contrats, et le mandat tacite n'est pas un contrat, puisqu'il présume essentiellement une convention qui n'existe pas. Il serait, du reste, irrationnel d'obliger les parties à démontrer l'existence du contrat d'où résulte le mandat, alors que ce contrat par hypothèse n'a pas été passé ; et d'autre part, cette même opinion réduit presque à lettre morte le mandat tacite, puisque l'aveu et le serment seuls serviront à l'établir.

Notre solution peut s'appuyer directement sur l'article 1348 du Code civil, d'après lequel la preuve testimoniale est recevable quand les parties n'ont pu se procurer une preuve écrite : on ne peut se procurer une preuve écrite d'un contrat qui n'a pas été passé.

En plusieurs hypothèses, la loi montre qu'elle n'a pas entendu soumettre aux règles générales de la preuve les conventions tacites ou présumées ; car en dehors de l'article 1985, qui, comme on va le voir, admet toutes les preuves pour l'acceptation du mandat tacite, on peut citer l'article 1738, qui fait résulter du simple maintien en possession démontré la preuve de la tacite reconduction.

Quant à l'article 1985, qu'on a invoqué dans le sens de l'opinion dominante, il nous paraît déterminant en notre faveur. Car s'il renvoie aux règles générales de la preuve, c'est seulement pour les catégories de mandats qu'il indique lui-même ; il s'exprime ainsi : « *Il* (le mandat) *peut aussi être donné verbalement* ; mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément, etc. » ; l'erreur de beaucoup de partisans de l'opinion contraire a été de penser que l'article 1985 prévoit le mandat tacite sous le nom de mandat verbal ; autre chose est une convention verbale, autre chose une convention qui n'est pas conclue même verbalement et que la loi fait résulter de l'usage ; la première peut matériellement être démontrée, la seconde ne le peut pas.

L'article 1985 nous fournit un autre argument encore : il montre que l'acceptation tacite du mandat peut être prouvée par tous les moyens [1]. Il ne peut en être autrement du mandat tacite, la raison de décider étant la même.

[1] V. *infra*, n. 506.

Au surplus la jurisprudence elle-même donne diverses solutions qui contredisent sa propre doctrine (1).

504 *bis*. Si le mandat tacite ne peut être prouvé que dans les formes ordinaires, il en est de même de la continuation tacite d'un mandat expiré (2). Les raisons de décider sont les mêmes : la continuation du mandat est une convention nouvelle. C'est donc à tort qu'on objecte que le mandat est un commencement de preuve de sa continuation.

505. En tout cas le mandat tacite peut être prouvé par témoins ou présomptions s'il existe un commencement de preuve par écrit (3).

Ainsi l'indication, comme lieu de paiement, de l'étude du notaire, qui n'est pas une preuve complète du mandat de toucher la créance conféré au notaire (4), en est un commencement de preuve par écrit (5).

(1) V. *supra*, n. 483 et suivants, divers cas de mandats tacites résultant de *présomptions*, c'est-à-dire non prouvés par écrit. — V. encore Trib. civ. Lyon, 12 mars 1901, *Gaz. com.*, 18 avril 1901, d'après lequel le mandat de recevoir des créances peut résulter de quittances démontrant que le mandataire a touché des créances pour le mandant.

(2) *Contra* Guénée, *Note*, D., 1902. 1. 489. — Cet auteur impute la même opinion à Cass. req., 13 nov. 1901, D., 1903. 1. 489. En réalité cet arrêt, qui ne fait aucune allusion à la circonstance de fait qu'il s'agissait d'une continuation de mandat, se rattache aux décisions auxquelles nous faisons allusion dans la note précédente.

(3) Cass., 9 juill. 1890, précité. — Cass. req., 7 nov. 1899, précité (il y a commencement de preuve du mandat confié à un notaire de recevoir un prix de vente, si l'étude du notaire est indiquée comme lieu de payement et si procuration est donnée à un clerc du notaire de céder le prix de vente). — Cass. civ., 22 juin 1903, S., 1903. 1. 463. — Orléans, 5 juin 1889, précité. — Pau, 26 mars 1890, D., 91. 2. 110. — Montpellier, 1er juin 1891, S. 92. 2. 103. — Amiens, 28 janv. 1892, S., 94. 2. 177, D., 93. 2. 158. — Lyon, 31 déc. 1894, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 280 (les livres du mandataire, qui constatent l'accomplissement du mandat, peuvent servir de commencement de preuve par écrit). — Paris, 3 janv. 1900, D., 1901. 2. 100 (l'indication que le remboursement aura lieu en l'étude du notaire est un commencement de preuve par écrit que le notaire a reçu mandat de toucher ; la preuve se complète si les deux parties habitent des communes différentes, ne se connaissent pas, etc.). — Trib. civ. Vervins, 17 mai 1900, précité, (en fait ; mais repousse la solution de la cour de cassation sur le point de savoir si l'indication du lieu de payement est un commencement de preuve. — V. *supra*, p. 268, note 5).

(4) V. *supra*, n. 489.

(5) Cass., 28 fév. 1887, S., 90. 1. 325. — Cass. req., 7 nov. 1899, précité (V. *supra*, p. 268, note 5). — Metz, 23 fév. 1864, S., 64. 2. 260, D., 64. 2. 220.

Mais l'élection de domicile faite par un créancier dans une étude de notaire n'est pas un commencement de preuve par écrit du mandat donné à ce notaire de toucher la créance (1).

505 *bis*. En matière commerciale, le mandat se prouve par tous les moyens, conformément à l'article 109 du Code de commerce (2).

506. La preuve de l'acceptation tacite du mandat peut être apportée par tous les modes de preuve (3) ; car, outre que, selon nous, le droit commun admet tous les modes de preuve pour les actes tacites, l'article 1985 fait résulter l'acceptation tacite de l'exécution du mandat ; il suffit donc de prouver, et d'une manière quelconque, le fait de l'acceptation.

En tout cas, l'exécution du mandat conféré est une preuve de l'acceptation (4). C'est ce que dit l'article 1985 alinéa 2 (5).

Il en est ainsi même si l'exécution est tardive (6).

II. *Charge de la preuve. — Pouvoirs du juge.*

507. La preuve du mandat incombe à celui qui l'invoque. Ainsi la partie qui prétend avoir donné un mandat doit

— Amiens, 11 avril 1889, *Rec. Amiens*, 89. 106 (la preuve du mandat résulte de ce que le notaire encaisse toutes les créances du mandant). — Montpellier, 1er juin 1891, S., 92. 2. 103 (motifs). — Amiens, 28 janv. 1892, précité. — Nancy, 16 janv. 1904. *Rec. Nancy*, 1904. 15. — Nîmes, 28 nov. 1904, D., 1905. 5. 37 (la preuve devient complète si le notaire encaisse les intérêts et si le créancier fait avec lui des règlements de compte). — Trib. civ. Trévoux, 20 déc. 1893, *Mon. jud. Lyon*, 4 juin 1894. — Trib. civ. Tours, 2 janv. 1902, *Mon. jud. Lyon*, 5 avril 1902. — Guillouard, n. 53. — *Contra* Rennes, 11 avril 1867, S., 69. 2. 45, D., 68. 2. 215.

(1) Montpellier, 1er juin 1891, S., 92. 2. 103. — Toulouse, 17 nov. 1900, précité. — *Contra* Bordeaux, 13 juin 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 635.

(2) Cass. req., 29 nov. 1899, D., 1900. 1. 20. — Sur les cas où le mandat est commercial, V. *infra*, n. 872 s.

(3) Cass., 20 nov. 1888, S., 89. 1. 9. — Pont, I, n. 878 et 879 ; Guillouard, n. 64 ; Wahl, *Note*, S., 1901. 1. 25. — *Contra* Laurent, XXVII, n. 456.

(4) Cass. civ., 8 et 9 juillet 1895, S., 97. 1. 133, D., 96. 1. 85 (par exemple le successeur d'un notaire chargé de veiller à la régularité du tirage de titres a conservé la clientèle de son prédécesseur et a gardé la grosse de l'acte d'emprunt).

(5) V. *supra*, n. 493.

(6) Cass. req., 26 oct. 1887, D., 88. 1. 383. — Cass. req., 18 janv. 1892, S., 92. 1. 255, D., 92. 1. 454. — Dans tous les cas cette exécution peut servir de pré-

démontrer l'existence du mandat [1]. De même le mandataire qui réclame le remboursement de ses avances ou le payement de son salaire doit prouver le mandat [2].

508. Le juge du fait décide souverainement, comme en toute matière, si la preuve du mandat est suffisante [3], ou si les faits apportés constituent une preuve complète ou seulement un commencement de preuve [4].

Mais il appartient à la cour de cassation de vérifier si les juges ont appliqué les modes de preuve qu'ils avaient le droit et le devoir d'admettre [5].

§ II. *Preuve du mandat vis-à-vis des tiers.*

509. Vis-à-vis des tiers contre lesquels le mandataire agit, le mandat ne se prouve pas conformément aux articles 1341 et suivants. Car ces modes de preuve ne sont édictés que dans les rapports des parties entre elles.

Mais pour qu'une personne puisse se présenter comme mandataire, il faut que son mandat soit certain.

La détention du titre d'où résulte le droit du prétendu mandant ne démontre pas le mandat; car cette détention peut provenir d'un cas fortuit, d'un vol, etc.

Ainsi une personne (et notamment un agent de vérification des taxes) ne démontre pas suffisamment par la représentation de la lettre de voiture ou du récépissé délivré à l'expéditeur le mandat qu'il prétend lui avoir été conféré

somption pour appuyer un commencement de preuve par écrit. — Pau, 26 mars 1890, D., 91. 2. 110 (mandat à un notaire de faire inscrire un privilège).

(1) Pau, 20 juin 1892, D., 93. 2. 161 (mandat à un notaire). — Lyon, 29 juil. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 2e p., 32. — Lyon, 3 juil. 1902, *Mon. jud. Lyon*, 27 sept. 1902.

(2) Nancy, 26 mars 1900, *Rec. Nancy*, 1900. 113. — Trib. com. Saint-Etienne, 25 mars 1902, *Loi*, 7 mai 1902.

(3) Cass., 17 nov. 1856, S., 58. 1. 64, D., 57. 1. 58. — Cass., 6 août 1873, S., 75. 1. 71, D., 74. 1. 481. — Cass., 8 juill. 1874, S., 75. 1. 24, D., 74. 1. 135. — Cass., 31 oct. 1888, S., 91. 1. 528. — Cass., 18 janv. 1892, S., 92. 1. 255, D., 92. 1. 454. — Cass. civ., 15 janv. 1896, S., 96. 1. 455. — Guillouard, n. 67.

(4) Cass. req., 27 oct. 1894, S., 95. 1. 174, D., 95. 1. 226 (correspondance des parties).

(5) Guillouard, n. 67.

soit pour recevoir les marchandises (1), soit pour demander la réparation d'erreurs commises dans l'établissement du droit par la compagnie de chemins de fer (2), soit pour toucher le montant de la détaxe (3).

Le mandataire ne prouve pas davantage son mandat vis-à-vis des tiers par la représentation d'un acte dans lequel il a, sans le concours du mandant, affirmé l'existence d'un mandat. Peu importe que cet acte soit authentique : l'acte authentique ne fait foi que des faits qu'il contient; il n'établit donc pas l'existence d'un contrat qui ne s'y trouve pas contenu (4).

510. Les tiers qui ont traité avec le mandataire ne peuvent prouver le mandat vis-à-vis du mandant que conformément aux articles 1341 et suivants (5). En effet, ils agissent comme ayants cause du mandataire, puisqu'ils se prévalent des actes passés par ce dernier; du reste, ils n'étaient pas dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite du mandat.

(1) Cela est implicitement admis par l'arrêt du 20 fév. 1893, cité *infra*. — *Contra* Féraud-Giraud, *Code des transp. par ch. de fer*, I, n. 132 et 213; Bédarride, *Des ch. de fer au point de vue des transp.*, I, n. 368 s.

(2) Cass. civ., 20 ou 21 fév. 1893, S., 93. 1. 149, D., 93. 1. 317. — *Contra* Féraud-Giraud, *op. cit.*, II, n. 667.

(3) Cass. civ., 20 fév. 1893, précité.

(4) La cour de cassation nous paraît avoir méconnu ce principe en décidant (Cass. civ., 15 janv. 1896, S., 96. 1. 455) que l'exploit d'huissier dans lequel une personne déclare agir en son nom et comme mandataire de ses cointéressés ne prouve pas « nécessairement » le mandat vis-à-vis des tiers auxquels l'exploit est signifié, que « cet acte ne fait foi, jusqu'à inscription de faux, que de l'accomplissement par l'huissier des formalités légales » et que les juges du fond peuvent établir, par les circonstances du fait, l'inexistence du mandat ; ce considérant semble indiquer que le mandat est prouvé par l'exploit *jusqu'à preuve ou présomption contraire*, et que le juge du fond aurait le droit de le considérer comme établi. Cela n'est pas exact.

(5) Cass., 7 mars 1860, S., 60. 1. 542, D., 60. 1. 114. — Cass., 7 déc. 1868, S., 69. 1. 160. — Cass., 1er août 1870, S., 70. 1. 380, D., 70. 1. 357. — Cass. civ., 19 juill. 1894, S., 94. 1. 439, D., 95. 1. 125. — Metz, 10 janv. 1867, S., 67. 2. 313, D., 67. 2. 14. — Bordeaux, 10 juin 1872, S., 72. 2. 232, D., 73. 5. 314. — Bastia, 26 déc. 1888, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 185. — Pont, I, n. 876 ; Aubry et Rau, IV, p. 638, § 411, note 3; Laurent, XXVII, n. 453 ; Guillouard, n. 66. — *Contra* Cass. req., 14 juin 1895, S., 96. 1. 407. — Troplong, n. 145.

CHAPITRE VI

DES DIFFÉRENTES SORTES DE MANDAT

SECTION PREMIÈRE

MANDAT CONVENTIONNEL, LÉGAL OU JUDICIAIRE

511. Eu égard à son origine, le mandat peut être conventionnel, légal ou judiciaire.

Le mandat *conventionnel* est celui qui a sa source dans la convention des parties.

Le mandat *légal* dérive de la loi : tel est le mandat du tuteur, du père administrateur légal ; on donne quelquefois comme un mandat légal celui du mari commun relativement à l'administration des biens de sa femme (1) ; c'est plutôt un mandat conventionnel.

Le mandat *judiciaire* est celui qui est déféré par la justice ; c'est à tort que certains auteurs (2) ont nié l'existence du mandat judiciaire. On en trouve des exemples dans l'article 113, qui ordonne au tribunal de désigner un notaire pour représenter les présumés absents dans certains actes, dans l'article 497 (administration provisoire au cours de la procédure d'interdiction), dans l'article 32 de la loi du 30 juin 1838 (administrateur provisoire des biens d'un aliéné). Le séquestre judiciaire est aussi, en réalité, un mandataire légal; mais la loi l'envisage autrement (3). A bien prendre, le mandat judiciaire n'est qu'un cas particulier du mandat légal ; car la justice nomme le mandataire en vertu d'une disposition législative, de sorte que le mandat a sa source, au moins médiate, dans la loi.

En elle-même, la distinction qui vient d'être indiquée est sans intérêt, au point de vue des effets du mandat, car le

(1) Guillouard, n. 9.
(2) Guillouard, n. 69.
(3) V. notre *Tr. de la soc., du prêt, du dépôt*, 2e édit., n. 1254.

mandat, quelle que soit son origine, produit les mêmes effets.

Mais en fait, le mandat judiciaire ne porte généralement que sur des actes d'administration provisoire.

512. Les hypothèses dans lesquelles un mandataire peut être nommé par la justice ont été considérablement étendues par la jurisprudence.

Elle décide que si une circonstance quelconque rend impossible la désignation conventionnelle ou le remplacement d'un mandataire, et si cependant il est conforme à l'intention des parties et indispensable à la réalisation de leurs projets qu'un mandataire soit nommé, ce mandataire peut être choisi par les tribunaux.

Ainsi, par exemple, des obligataires ont désigné un mandataire collectif qui devait agir avec le concours d'une commission de contrôle, laquelle n'a pu se constituer ; les tribunaux peuvent choisir un autre mandataire ([1]).

D'autre part, en cas de conflit relatif à la gestion d'un objet ou d'un patrimoine, les tribunaux désignent souvent, jusqu'à la fin du conflit, un mandataire judiciaire ([2]).

SECTION II

MANDAT ORDINAIRE ET PRÊTE-NOM. MANDAT CIVIL ET COMMERCIAL

513. Le mandat peut se diviser en mandat ordinaire et prête-nom, si l'on envisage le point de savoir au nom de qui le mandataire déclare agir : dans ses rapports avec les tiers, le mandataire ordinaire désigne le mandat, le mandataire prête-nom ne nomme que lui-même et se comporte comme s'il agissait pour son compte personnel ; le commissionnaire prend généralement, sinon toujours, la situation d'un prête-nom.

Nous nous occuperons ultérieurement du prête-nom ([3]).

([1]) Cass., civ., 19 fév. 1884, S., 86. 1. 69. — *Contra* Riom, 11 avril 1856, S., 56. 2. 602. — Bruxelles, 27 mars 1880, S., 86. 1. 69 (sous-note).

([2]) V. notre *Tr. des succ.*, 3e éd., II, n. 2083 s.

([3]) V. *infra*, n. 880 s.

Le mandat peut encore se diviser en mandat civil et mandat commercial ; nous examinerons plus loin dans quelles hypothèses un mandat est commercial ([1]).

SECTION III

MANDAT GÉNÉRAL ET SPÉCIAL

514. Au point de vue de son étendue, le mandat peut être général ou spécial ([2]). « *Il est ou spécial et pour une « affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour « toutes les affaires du mandant* », dit l'article 1987.

515. Quelquefois la loi exige un mandat spécial :

Tels sont les cas suivants :

Actes de l'état civil (C. civ. 36 et 66).

Comparution à un conseil de famille (C. civ. 412).

Aveu judiciaire (C. civ. 1356, C.pr. 352).

Vérification d'écriture (C. pr. 198).

Inscription de faux (C. pr. 216).

L'huissier ne peut opérer une saisie immobilière qu'en vertu d'un pouvoir spécial (C. proc. 556). Mais, comme nous le verrons, ce pouvoir peut lui être conféré par un mandataire général ([3]).

516. Toutes les fois qu'un mandat spécial est exigé, ce mandat doit être donné pour chaque acte, il ne peut être donné pour tous les actes de la catégorie pour laquelle la loi exige un mandat spécial ([4]).

Ainsi un mandat ne peut être donné pour toutes les assemblées du conseil de famille d'un mineur ; il doit y avoir un mandat spécial pour chaque assemblée ([5]).

([1]) V. *infra*, n. 872 s.

([2]) Argou, II, p. 349, liv. III, ch. 37.

) V. *infra*, n. 528.

([4]) Guillouard, n. 77.

([5]) Pont, I, n. 903 ; Aubry et Rau, IV, p. 641, § 412, note 5 ; Guillouard n. 77.

SECTION IV

MANDAT CONÇU EN TERMES GÉNÉRAUX OU NON

517. En ce qui concerne l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire, le mandat peut être conçu en termes généraux et par suite vagues et indéfinis, par exemple si le mandant a dit : « Je donne mandat à N... de gérer mes intérêts », ou bien en termes plus ou moins précis, comme le mandat d'acheter une maison, d'hypothéquer un immeuble ou même tous les immeubles du mandant, d'emprunter une somme déterminée ou même d'emprunter sans limitation.

518. Le mandataire dont le mandat est conçu en termes généraux est donc celui qui est chargé de faire toutes les affaires du mandant (1); le mandataire chargé de faire tous les actes d'administration n'est pas un mandataire de ce genre (2).

Dans la pratique, on appelle souvent *mandat général* le mandat conçu en termes généraux ; mais nous avons vu que cette expression a un sens différent (3).

Nous examinons plus loin l'étendue du mandat conçu en termes généraux (4).

SECTION V

MANDATS JUDICIAIRE ET EXTRAJUDICIAIRE

519. On peut distinguer, au point de vue du but poursuivi par les parties, le mandat donné pour poursuivre une instance de tous les autres mandats ; cette distinction était faite par Pothier (5).

Le premier de ces deux mandats, qu'on appelle le mandat

(1) Aubry et Rau, IV, p. 640, § 412. — Il a été jugé que le mandat par une femme de consentir mainlevée ou subrogation de l'hypothèque légale sur tous ses immeubles et transport de toutes sommes dues, n'est pas un mandat spécial et ne permet pas d'aliéner. Trib. civ. Seine, 19 avril 1901, D., 1903.2. 271.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.* — *Contra* Guillouard, n. 71.

(3) V. *supra*, n. 514.

(4) V. *infra*, n. 520 s.

(5) N, 123.

ad litem, diffère des autres en ce qu'il doit être nécessairement confié devant la plupart des juridictions à une certaine classe de personnes (avoués). En outre la règle *nul ne plaide par procureur,* quel qu'en soit le sens, ne concerne évidemment que le mandat judiciaire [1].

CHAPITRE VII

ÉTENDUE DU MANDAT

SECTION PREMIÈRE

ÉTENDUE DU MANDAT CONÇU EN TERMES GÉNÉRAUX

520. Il s'était élevé dans notre ancien droit d'interminables controverses sur le point de savoir quels étaient les pouvoirs résultant d'un mandat conçu en termes généraux, ou, pour employer une expression plus brève dont nous nous servirons désormais, d'un mandat général [2]. L'article 1988 a tranché la difficulté en disposant dans son alinéa 1er que « *le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration* ». Le mandataire investi d'un semblable mandat ne pourra donc faire aucun acte de *disposition,* par exemple aliéner, hypothéquer, emprunter, transiger. Un pouvoir *spécial* est nécessaire pour que le mandataire puisse accomplir des actes de cette nature. C'est ce qu'a voulu dire l'article 1988 alinéa 2 : « *S'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès.* »

Ainsi on admet généralement que les gérants d'une société ne peuvent aliéner ni hypothéquer [3].

521. Il ne suffirait plus aujourd'hui que le mandataire eût reçu pouvoir d'*agir librement* pour qu'il eût le droit d'aliéner [4]. La solution contraire, empruntée par le projet au

(1) V. *supra,* n. 441 et *infra,* n. 882 s.
(2) Sur le sens de cette expression, v. *supra,* n. 518.
(3) V. notre *Tr. de la société, du prêt, du dépôt,* n. 303.
(4) Aubry et Rau, IV, p. 640, § 412, note 1 ; Guillouard, n. 76.

droit romain (1), a été écartée, comme étant inexacte, pour faire place à celle de l'article 1988 (2).

522. Le mandataire général, ne pouvant aliéner en principe, ne peut consentir un droit réel sur les biens du mandant, par exemple une servitude (3).

Il ne peut pas davantage renoncer à un droit réel, par exemple à une servitude (4).

523. Certains auteurs décident même, d'une manière absolue, que les actes de disposition sont entièrement interdits au mandataire général (5).

Cete solution ne peut être acceptée ; tout ce que veut la loi, c'est que le mandataire général ne puisse qu'administrer ; mais aussi lui confère-t-elle le droit d'administration dans toute sa plénitude. Or, il est des cas où l'administration est impossible sans des actes de disposition, et d'autres cas où l'administration consiste à disposer; aussi les auteurs même que nous combattons valident-ils pour des raisons peu probantes, certains actes de disposition passés par le mandataire général.

La formule la meilleure est celle-ci : le mandataire général peut faire tous les actes, même de disposition, qui ont pour objet l'administration (6).

Le mandataire général peut donc faire les ventes nécessaires pour payer les dettes du mandant (7).

De même le mandataire général peut vendre les récoltes, les marchandises et tous les meubles sujets à dépérir (8). C'est ce que disait Pothier (9).

On a dit qu'il fait alors un acte de conservation et qu'il n'y a pas là une exception au principe que les actes de dis-

(1) Fenet, XIV, p. 569.
(2) Rapport de Tarrible au Tribunat ; Fenet, XIV, p. 593.
(3) Guillouard, n. 93.
(4) Rouen, 26 janv. 1853, S., 55. 2. 663, D., 54. 2. 36. — Guillouard, n. 93.
(5) Argou, liv. III, chap. XXXVII, II, p. 349 ; Laurent, XXVII, n. 419.
(6) Guillouard, n. 79.
(7) Laurent, XXVII, n. 425 ; Guillouard, n. 83.
(8) Duranton, XVIII, n. 229; Pont, I, n. 927; Aubry et Rau, IV, p. 642, § 412. note 7 ; Laurent XXVII, n. 425 ; Guillouard, n. 79 et 83.
(9) N. 159.

position sont interdits au mandataire général [1]. C'est évidemment un abus de mots.

Mais en dehors de toute nécessité, le mandataire ne peut aliéner aucuns biens.

On lui permet cependant de vendre les créances et les valeurs de bourse, s'il a des inquiétudes sur leur avenir et craint une baisse sérieuse [2]. C'est, à notre avis, une erreur [3]. Il n'y a guère d'objet, meuble ou immeuble, dont la valeur ne soit exposée à diminuer et on arriverait ainsi à autoriser la vente de tout objet de la part du mandataire.

On décide que le mandataire général ne peut, en aucun cas, aliéner les immeubles, à cause de l'importance que le Code attache à la fortune immobilière, et parce qu'il n'y a jamais urgence à aliéner les immeubles [4]. Ces motifs ne nous paraissent pas probants : il peut y avoir urgence à aliéner les immeubles pour payer les dettes ou pour tout autre motif.

En tout cas, malgré les termes en apparence contraires de l'article 1988, le mandat conçu en termes généraux confère le pouvoir d'aliéner et d'hypothéquer s'il donne *expressément* ce droit; ainsi est valable le mandat de constituer hypothèque d'une manière générale ou d'aliéner tous les biens du mandant ou ceux de ces biens que le mandataire jugerait bon d'aliéner [5].

524. Le mandataire général peut faire un emprunt indispensable à l'administration [6], par exemple dans le but de faire les grosses réparations [7], ou pour acheter le bétail nécessaire à l'exploitation [8], ou pour trouver les fonds

(1) Laurent, *loc. cit.*

(2) Pont, I, n. 927 et 928 ; Guillouard, n. 83.

(3) Bruxelles, 2 déc. 1809, S. chr. — Laurent, XXVII, n. 425.

(4) Guillouard, n. 84.

(5) Cass., 6 déc. 1858, S., 59. 1. 678, D., 59. 1. 75. — Cass., 6 fév. 1861, S., 62. 1. 72, D., 61. 1. 366. — Pont, I, n. 900 ; Aubry et Rau, IV, p. 641, § 412, note 3 ; Laurent, XXVII, n. 407 s. ; Guillouard, n. 76.

(6) Cass., 15 fév. 1830, S. chr. — Cass., 12 nov. 1834, S., 35. 1. 162. — Cass., 28 juin 1836, S., 36. 1. 448. — Bordeaux, 9 fév. 1324, S. chr. — Troplong, n. 285 et 286 ; Pont, I, n. 925; Laurent, XXVII, n. 420 et 428 ; Guillouard, n. 82.

(7) Troplong, *loc. cit.* ; Guillouard, n. 79 et 82.

(8) Guillouard, n. 82.

nécessaires à la location d'immeubles qui lui sont indispensables.

Il ne peut conférer d'hypothèque (1), sauf dans les cas où il a le droit de faire un emprunt et où cet emprunt ne peut réussir sans être accompagné d'une hypothèque (2).

525. Il va sans dire que le mandataire général ne peut jamais aliéner à titre gratuit les biens du mandant (3), sauf le droit qu'il a de faire les cadeaux d'usage aux employés (4).

526. Le mandataire général peut, comme le disait Pothier (5), acheter les objets qui lui sont nécessaires pour l'exploitation (6), par exemple le fumier (7), les échalas pour les vignes (8), les tonneaux pour le vin (9), les graines pour ensemencer (10), les poissons pour repeupler les étangs (11), les matériaux pour les réparations (12), la nourriture des ouvriers ruraux (13).

Il peut passer un marché pour les travaux indispensables à l'immeuble (14).

527. On admet souvent que le mandataire général ne peut plaider, en d'autres termes que le mandat de plaider doit être exprès.

Il en serait ainsi, par exemple, devant le juge de paix (15).

(1) Guillouard, n. 92.
(2) Guillouard, n. 92.
(3) Guillouard, n. 84.
(4) Guillouard, n. 84.
(5) N. 149.
(6) Laurent, XXVII, n. 420 ; Guillouard, n. 82.
(7) Guillouard, *loc. cit.*
(8) Guillouard, *loc. cit.*
(9) Guillouard, *loc. cit.*
(10) Guillouard, *loc. cit.*
(11) Guillouard, *loc. cit.*
(12) Guillouard, *loc. cit.*
(13) Du moins le juge peut le décider ainsi. Cass. req., 29 mai 1895, D., 95. 1. 507.
(14) Laurent, XXVII, n. 420 ; Guillouard, n. 82.
(15) Cass. civ., 21 juill. 1886, S., 86. 1. 409. — Trib. paix Agen, 8 sept. 1900, *Loi*, 15 nov. 1900. — Carré, Chauveau et Dutruc, *Lois de la proc.*, I, quest. 43 et *Suppl.*, v° *Just. de paix*, n. 45 ; Dutruc, *Formul. des huissiers*, I, p. 82, note 3, n. 1 ; Allain et Carré, *Manuel des juges de paix*, II, n. 2467 : Carré, *Comp. jud. des juges de paix*, I, n. 896 ; Deffaux et Harel, *Encycl. des huissiers*, v° *Just. de paix*, n. 300 ; Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Juge de paix*, n. 155

Mais cela nous paraît inexact; le mandataire général, ayant le pouvoir de faire un grand nombre d'actes, doit pouvoir plaider, soit pour faire consacrer la validité des actes qu'il a accomplis, soit pour obtenir le droit de les accomplir.

Il peut donc intenter les actions possessoires, qui ne présentent aucun danger pour le mandant et qui, d'ailleurs, sont urgentes (1).

Mais on admet avec raison qu'il ne peut intenter les actions réelles immobilières (2), parce que l'article 464 du Code civil refuse ce droit au tuteur et que ce n'est pas là, d'ailleurs, un acte d'administration.

On lui refuse également le droit d'intenter l'action en partage, parce que l'article 465 assimile cette action à l'action réelle immobilière (3).

528. Le mandataire général a le droit et par conséquent le devoir de poursuivre les débiteurs pour les faire payer ; il peut incontestablement dans ce but faire sur eux une saisie mobilière (4).

Aucun motif sérieux ne nous paraît permettre de lui refuser le droit de faire une saisie immobilière (5). La saisie immobilière, comme la saisie mobilière, a pour but d'obtenir le paiement d'une créance, et on est unanime à compter parmi les attributions du mandataire général le recouvrement des créances. Pothier (6) décidait le contraire, mais par un motif qu'on est étonné de voir reproduit par les auteurs modernes : la saisie immobilière est très coûteuse et, par conséquent,

et *Dict. des juges de paix*, v° *Audience*, n. 40 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de proc.*, v° *Juge de paix*, n. 160.

(1) Aubry et Rau, IV, p. 642, § 412 ; Guillouard, n. 91.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 342, § 412, note 8; Laurent, *loc. cit.*; Guillouard, n. 94.

(3) Mêmes auteurs.

(4) Troplong, n. 291 et 293; Pont, I, n. 916; Aubry et Rau, IV, p. 642, § 412; Laurent, XXVII, n. 422 ; Guillouard, n. 86.

(5) Paris, 28 déc. 1820, S. chr. — Poitiers, 21 août 1872, S., 72. 2. 183. — Bordeaux, 4 mai 1891. S., 92. 2. 7. — Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Saisie imm.*, n. 168; Dutruc, *Suppl.* à Carré et Chauveau, *Lois de la proc.*, n. 329; Laurent, XXVII, n. 422. — *Contra* Colmar, 5 mars 1832, S., 32. 2. 372. — Pont, I, n. 915 ; Rousseau et Laisney, *Dict. de proc.*, v° *Vente jud. d'imm.*, n. 257; Guillouard, n. 86.

(6) N. 151.

souvent peu avantageuse. Elle ne peut, en réalité, être désavantageuse qu'au débiteur, et l'intérêt de ce dernier ne doit pas importer au mandataire du créancier. L'article 556 du Code de procédure, à la vérité, oblige l'huissier qui pratique une saisie immobilière à justifier d'un mandat spécial; mais c'est encore à tort qu'on tire argument de cette disposition; tout ce qu'elle signifie, c'est que l'huissier auquel est remise la grosse n'a pas par cela même le droit de faire une saisie immobilière.

529. Le mandataire général ne peut déférer le serment décisoire (1), qui est une transaction (2). L'autorité de Pothier, qui s'exprimait en sens contraire (3), ne contrebalance pas cet argument.

De même, le mandataire général n'engage pas le mandant par ses aveux (4).

Il ne peut pas davantage former une inscription de faux (5).

530. Le mandataire général qui agit en justice au nom du mandant peut proroger la juridiction d'un tribunal (6). Ce n'est pas là évidemment un acte de disposition.

On décide que le mandataire général ne peut jamais acquiescer à un jugement rendu contre son mandant, parce qu'il disposerait ainsi de l'action, et que d'ailleurs l'article 484, en exigeant du tuteur pour acquiescer l'autorisation du conseil de famille, montre que l'acquiescement n'est pas un acte d'administration (7).

531. Le mandataire général peut aussi recouvrer les créances du mandant et en donner quittance (8).

(1) Cass., 27 avril 1831, S., 31. 1. 194. — Grenoble, 23 fév. 1827, S. chr. — Bordeaux, 30 juil. 1829, S. chr. — Rouen, 21 fév. 1842, S., 42. 2. 262. — Nîmes, 12 janv. 1848, S., 48. 2. 398, D., 49. 5. 112. — Rennes, 6 août 1849, S., 51. 2. 732, D., 50. 2. 97. — Larombière, *Th. et prat. des oblig.*, art. 1359, n. 2 ; Aubry et Rau, VIII, p. 185, § 753, note 6 ; Laurent, XXVII, n. 430 ; Guillouard, n. 88. — *Contra* Troplong, n. 294 ; Pont, I, n. 916.

(2) V. *infra*. n. 537.

(3) N. 156.

(4) Argou, liv. III, ch. XXXVII (II, p. 349).

(5) Argou, *loc. cit.*

(6) *Contra* Guillouard, n. 87.

(7) Pont, I, n. 916 ; Laurent, XXVII, n. 424 ; Guillouard, n. 87. — *Contra* Merlin, *Quest.*, v° *Acquiesc.*, § 18, n. 3.

(8) Guillouard, n. 85.

Il peut également recevoir payement d'une rente perpétuelle, laquelle est toujours rachetable (1).

Il peut recevoir une dation en payement (2); cela peut être un aussi bon acte d'administration que de faire une dation en payement (3). En vain dit-on que la dation en payement dénature l'obligation ; ce n'est pas une raison pour qu'elle ne puisse pas constituer un acte de sage administration.

532. Le mandataire général peut nover la créance du mandant, si, en fait, cet acte est de sage administration (4).

En vain dit-on que, d'après l'article 1272, la novation ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter ; *contracter* ne signifie pas *disposer;* et au surplus, il ne s'agit pas ici de capacité, mais de pouvoir. Enfin la tradition est en notre sens (5).

Il peut donner mainlevée d'une inscription hypothécaire à la suite d'un paiement (6), mais non pas en dehors d'un paiement (7).

533. Le mandataire général peut employer les fonds qu'il touche au payement des dettes du mandant (8).

A part cet emploi, certains auteurs l'obligent à déposer les fonds à la Caisse des dépôts et consignations (9), par le motif que tout autre emploi est dangereux.

Pothier (10) et quelques auteurs modernes (11) autorisent le placement en immeubles si le mandant est éloigné. Nous ne voyons aucun motif pour ne pas permettre au mandataire, en toute hypothèse, le placement en immeubles, créances ou valeurs mobilières, à condition qu'il s'entoure de toutes les garanties. Ce sont, objecte-t-on, des actes de disposition. Non, ce sont des actes d'administration, car il est

(1) Guillouard, n. 85.
(2) V. *infra*, n. 535.
(3) *Contra* Pont, I, n. 913 ; Guillouard, n. 85.
(4) Troplong, n. 288. — *Contra* Pont, I, n. 914 ; Guillouard, n. 85.
(5) L. 20, § 1, D., *de nov.*, 46. 2. — Pothier, n. 150.
(6) Pont, I, n. 912 ; Aubry et Rau, IV, p, 642, § 412; Guillouard, n. 85.
(7) Guillouard, n. 85.
(8) Guillouard, n. 89.
(9) Guillouard, n. 89.
(10) N. 158.
(11) Pont, I, n. 917.

d'un bon administrateur de faire produire à des capitaux le revenu le plus élevé.

534. Le mandataire général n'a pas le pouvoir de payer les dettes naturelles du mandant ([1]).

535. Il peut nover la dette du mandant ([2]) ; la novation, objecte-t-on, suppose la capacité de s'obliger. Mais il ne s'agit pas ici de capacité et d'ailleurs le mandataire a bien le pouvoir de s'obliger.

Il peut faire une dation en payement ([3]). Il est surprenant qu'on voie la négative admise par des auteurs qui lui permettent d'aliéner des meubles pour payer les dettes du mandant.

Il peut faire les actes interruptifs de prescription ([4]).

536. Le mandataire général peut faire les baux, qui sont des actes d'administration ([5]).

On admet qu'à l'exemple du tuteur et du mari (C. civ., 1429 et 1718), il peut faire des baux de neuf ans, mais non pas les baux d'une durée supérieure ([6]). Pothier également ne lui permettait que les baux de neuf ans — sauf pour les terrains destinés à être défrichés, comme les vignes, parce qu'alors une durée supérieure (pouvant aller jusqu'à vingt-sept ans) est nécessaire pour indemniser le preneur des dépenses faites au début de l'exploitation ([7]).

Cette dernière restriction, approuvée par certains auteurs ([8]), est rejetée par les autres ([9]).

Nous croyons que les baux, si longs qu'ils soient, peuvent être faits par le mandataire général; car les baux ne deviennent jamais, à moins qu'ils ne soient perpétuels, des actes de disposition. Si les articles 1429 et 1718 du Code civil réduisent aux baux de neuf ans les pouvoirs des administra-

([1]) Pont, I, n. 920 ; Guillouard, n. 90.
([2]) *Contra* Laurent, XXVII, n. 421 ; Guillouard, n. 90.
([3]) *Contra* Laurent, XXVII, n. 421 ; Guillouard, n. 90.
([4]) Aubry et Rau, IV, p. 642, § 412 ; Guillouard, n. 91.
([5]) V. notre *Tr. du contr. de louage*, I, n. 57 s.
([6]) Laurent, XXVII, n. 427 ; Guillouard, n. 80.
([7]) N. 148.
([8]) Pont, I, n. 923.
([9]) Laurent, XXVII, n. 427 ; Guillouard, n. 80.

teurs, ils n'ont trait qu'aux administrateurs légaux; et, quoi qu'on dise, il est facile de comprendre les pouvoirs plus étendus attribués au mandataire conventionnel, lequel est choisi librement par le mandant et auquel ce dernier a une entière confiance. Il en est ainsi d'autant plus que si le code, par prudence, ne s'y opposait pas, une saine interprétation commanderait de valider les actes de disposition eux-mêmes faits par le mandataire général (1).

Réciproquement le mandataire général peut prendre des immeubles à bail pour le compte du mandant, si cela est nécessaire pour mener à bonne fin l'administration qui lui est confiée (2), par exemple s'il trouve dans ces immeubles les produits dont la transformation est l'objet de l'usine qu'il est chargé d'administrer (3).

537. Le mandataire général ne peut transiger (4) ; c'est, en effet, un acte de disposition, et beaucoup plus dangereux que la plupart des autres. On ajoute dans le même sens que l'article 2045 exige pour transiger la capacité de disposer, ce qui n'est pas probant, car il ne s'agit pas ici de capacité. Notre solution était, dans l'ancien droit, admise par Pothier (5), qui y faisait cependant exception pour le cas où le mandant se trouvait éloigné et pour quelques autres hypothèses (6).

Le mandataire général ne peut faire un nantissement (7).

Il ne peut faire un compromis (8).

(1) V. notre *Tr. du contr. de louage*, I, n. 74 s.

(2) Guillouard, n. 81. — *Contra* Réunion, 31 août 1861, sous Cass., 5 janv. 1863, S., 63. 1. 9, D., 63. 1. 78.

(3) Guillouard, n. 81.

(4) Pont, I, n. 916 ; Aubry et Rau, IV, p, 659, § 420 ; Laurent, XXVII, n. 429 ; Guillouard, n. 88, et *Tr. de la transaction*, n. 55. — Le droit commun allemand décide ainsi pour le mandataire général ordinaire, mais admet le contraire pour le mandataire général *cum libera administratione*. Regelsberger, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Vergleich*. — Le C. civ. allemand ne règle pas la question.

(5) N. 157. — V. dans le même sens Domat, liv. I, tit. XV, sect. 3, n. 2 ; Argou, liv. IV, chap. X (II, p. 457).

(6) Pothier, *loc. cit.*

(7) Trib. civ. Lyon, 6 juill. 1888, *Mon. jud. Lyon*, 12 nov. 1888. — Guillouard, *Tr. du nantissement*, n. 46.

(8) Guillouard, n. 87.

538. Il ne peut prendre parti sur une succession [1], parce que ce n'est pas là un acte d'administration. On ajoute, dans le même sens, que l'article 461 du Code civil interdit ces actes au tuteur. Pothier [2] autorisait la renonciation lorsqu'elle était dans l'intérêt du mandant et que ce dernier était trop éloigné pour que le mandataire pût être consulté.

Le mandataire ne peut pas davantage prendre parti sur un legs universel ou à titre universel [3]. Il ne peut pas non plus prendre parti sur un legs particulier [4].

Enfin l'article 933 porte qu'un pouvoir spécial est nécessaire pour accepter une donation.

539. Par exception, l'avoué, qui est un mandataire général, a des pouvoirs excédant l'administration ; il peut engager son client par ses aveux, faire des offres, etc., à moins qu'il ne soit démontré qu'il a excédé ses pouvoirs.

Il y a pourtant certains actes que l'avoué ne peut faire sans une procuration spéciale (C. pr. civ., art. 216, 218, 353).

L'avoué constitué par le saisi dans la procédure de l'expropriation forcée, peut consentir à la conversion de la saisie en vente volontaire [5].

En principe, l'avoué chargé de représenter une partie dans une instance n'a le droit de faire que les actes de procédure [6].

Mais le contraire peut résulter des circonstances [7].

Ainsi on peut admettre que l'avoué chargé de poursuivre en justice le recouvrement d'une créance a le mandat de produire à l'ordre [8].

En tout cas l'avoué chargé de produire a pour mission non seulement de procéder aux formalités de l'ordre amiable,

[1] Pont, I, n. 932 et 933 ; Aubry et Rau, IV, p. 642, § 412, note 8 ; Laurent, XXVII, n. 431 ; Guillouard, n. 95.

[2] N. 162 et 163.

[3] Guillouard, *loc. cit.*

[4] *Contra* Guillouard, *loc. cit.*

[5] Cass. req., 7 avril 1852, S., 52. 1. 545, D., 52. 1. 111. — Cass. req., 17 octobre 1894, S. 95., 1. 24, D., 95. 1. 85. — Rennes, 8 août 1839, S., 40. 2. 99, D. *Rép.*, v° *Vente jud. d'imm.*, n. 1936. — Carré et Chauveau, *Lois de la proc.*, n. 2450 ; Garsonnet, *Tr. de proc.*, IV, p. 368, § 740, note 7.

[6] Cass. civ., 25 fév. 1891, S., 94. 1. 351.

[7] Cass. civ., 25 fév. 1891, précité (renouvellement d'inscriptions).

[8] Cass., 5 août 1879, S., 81. 1. 403.

mais encore de représenter les intérêts de son client dans l'ordre judiciaire (1).

Nous parlons plus loin encore de l'étendue du mandat de l'avoué, à propos de sa responsabilité (2).

540. Le gérant d'une maison de commerce peut faire tous les actes nécessaires au fonctionnement de cette maison.

Il ne doit s'abstenir que des actes étrangers à ce fonctionnement (3).

Ainsi le mandat de gérer une entreprise permet d'accepter les traites relatives aux fournitures qui sont faites à l'entreprise (4).

Mais la personne chargée de la gestion d'un fonds de commerce ne peut livrer des marchandises à crédit si l'usage, pour les marchandises de ce genre, est différent ; elle est donc responsable des pertes subies par le mandant de ce chef (5).

Le commis principal d'une maison de commerce a de plein droit pouvoir de vendre et d'acheter des marchandises (6).

Il ne peut emprunter (7).

Le commis qui habituellement reçoit le prix de marchandises est censé avoir le mandat tacite de recevoir toujours ce prix (8).

Le caissier d'un notaire a, en général, mandat tacite de toucher les sommes dues au notaire en sa qualité (9).

541. Une maison de commerce est liée par les actes de

(1) Rennes, 23 déc. 1878, sous Cass., 5 août 1879, S., 81. 1. 403. — Douai, 20 fév. 1892, S., 92. 2. 117 (vainement il allèguerait qu'ayant demandé au notaire les titres de la créance et ne les ayant pas reçus, il a cru n'avoir pas qualité pour produire).

(2) V. *infra*, n. 633.

(3) Trib. civ. Seine, 8 avril 1892, *Loi*, 30 avril 1892 (il ne peut faire un emprunt).

(4) Nancy, 25 fév. 1830, *Pand. franç.*, 91. 2. 5. — Guillouard, n. 97.

(5) Trib. sup. comm. empire Allemagne, 13 sept. 1878, *Entsch.*, XXIV, n. 52, p. 196, *Anal. journ. dr. int.*, VII, 1880, p. 205.

(6) Trib. com. Saint-Pétersbourg, 19 mars 1874, *Journ. dr. int.*, III, 1876, p. 64.

(7) C. sup. Maine, mars 1880, *Alb. law journ.*, XXIII, p. 177, *Anal. journ. dr. int.*, IX, 1882, p. 440.

(8) Agen, 5 juill. 1833, S., 34. 2. 46. — Guillouard, n. 50.

(9) Cass., 2 déc. 1824, S. chr. — Cass., 4 août 1835, S., 36. 1. 388. — Troplong, n. 133 ; Aubry et Rau, IV, p. 153, § 317, note 8 ; Guillouard, n. 52.

l'agent qu'elle a établi à un endroit déterminé, c'est-à-dire de son représentant (1).

Quant au commis voyageur, il a, d'après les usages commerciaux, mandat tacite pour acheter et vendre, de sorte que le maître est engagé par ses opérations (2). Cependant c'est une question de fait (3).

Le placier n'est, en principe, chargé que de transmettre les ordres (4).

Le commis voyageur peut-il consentir des rabais sur le prix des marchandises qu'il est chargé de vendre ? C'est une question de fait (5).

Dans les usages commerciaux, le commis voyageur n'a pas

(1) Montpellier, 3 juil. 1885, S., 86. 2. 56. — Bordeaux, 26 avril 1887, D., 88. 2. 297 (marché avec engagement de ne pas vendre sur la place, avant l'expiration du marché, des marchandises similaires). — Alger, 9 déc. 1893, *Rev. alg.*, 94. 2. 94. — *Contra* Aix, 3 avril 1889, *Loi*, 9 juil. 1889. — Trib. com. Havre, 22 oct. 1888, *Rec. Havre*, 88. 246. — Ripert, *De la vente com.*, p. 49.

(2) Rouen, 12 mars 1847, S., 48. 2. 360, D., 49. 2. 36. — Limoges, 22 janv. 1848, S., 48. 2. 360, D., 49. 2. 36. — Nîmes, 29 mars 1852, D., 52. 2. 188. — Besançon, 4 mai 1880 (motifs), S., 81. 2. 189, D., 81. 2. 85. — Trib. civ. Lyon, 16 juil. 1886, *Mon. jud. Lyon*, 13 oct. 1886. — Trib. civ. Sidi-Bel-Abbès, 1er mai 1894, *Gaz. Trib.*, 21 août 1894. — Guillouard, n. 51; Ripert, *De la vente com.*, p. 48. — *Contra* Montpellier, 24 déc. 1841, S., 42. 2. 145. — Bordeaux, 4 avril 1842 et 8 avril 1845, S., 48. 2. 260, D., 49. 2. 236. — Poitiers, 8 juin 1854, D., 55. 2. 97. — Aix, 12 avril 1872, D., 73. 5. 314. — Paris, 5 août 1875, sous Cass., D., 77. 1. 176. — Montpellier, 3 juill. 1885, S., 86. 2. 56 — Paris, 5 avril 1892, *Droit*, 28 avril 1892. — Paris, 14 nov. 1894, S., 95. 2. 178, D., 95. 2. 119. — Trib. com. Nantes, 29 déc. 1886, *Rec. Nantes*, 87. 124. — Trib. com. Le Havre, 21 nov. 1890, *Rec. Havre*, 91. 1. 126. — Trib. com. Marseille, 11 nov. 1891, *Rec. Marseille*, 92. 1. 44. — Trib. com. Le Havre, 14 déc. 1891, *Rec. Havre*, 92. 1. 124. — Trib. com. Marseille, 2 janv. 1892, *Rec. Marseille*, 92. 1. 123. — Dans cette dernière opinion l'acheteur doit pouvoir jusqu'à la ratification du patron revenir sur le marché. — Trib. com. Marseille, 7 janv. 1892, précité. — Cep. le contraire a été décidé. Trib. com. Marseille, 11 nov. 1891, précité.

(3) Cass. req., 16 août 1860, S., 61. 1. 288, D., 60. 1. 492. — Troplong, n. 327; Pont, I, n. 851; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, I, n. 526; Guillouard, *loc. cit.*; Pardessus, *Tr. de dr. com.*, II, n. 561; Domenget, *Du mandat*, I, n. 323; Rivière, *Du commis voyageur*, n. 95; Laurent, XXVIII, n. 72.

(4) Besançon, 4 mai 1880 et 10 janv. 1881, S., 81. 2. 189, D., 81. 2. 85. — Trib. com. Nantes, 30 août 1865, D., 65. 3. 79. — Trib. civ. Sidi-Bel-Abbès, 1er mai 1894, précité. — Guillouard, n. 51.

(5) Décidé qu'en tout cas ces rabais ne peuvent être de nature à mettre la maison de commerce en perte. Trib. com. Yvetot, 12 déc. 1891, *France jud.*, 92. 158.

qualité pour recevoir le prix des marchandises qu'il vend (1).

542. L'intendant ou régisseur d'un propriétaire foncier peut être considéré comme ayant mandat tacite de faire les baux (2) ou d'ordonner les travaux de réparation nécessaires (3).

543. Les agents d'assurance engagent, dans les contrats qu'ils passent, leurs compagnies s'ils adoptent les conditions indiquées dans les règlements et les prospectus.

L'agent représente valablement la compagnie dans une expertise, dont elle ne peut, par suite, mettre en discussion les résultats (4).

De même, si l'assuré a pris l'engagement de prévenir du sinistre la compagnie dans un délai déterminé, il peut se contenter de prévenir l'agent (5).

Mais les agents d'assurances ne peuvent transiger.

De même l'agent d'une compagnie d'assurances ne la représente pas pour reconnaître que la responsabilité de la compagnie est engagée à raison d'un sinistre (6).

544. Le rôle du courtier d'assurances est uniquement de faire signer la police et de toucher son courtage; il n'a pas qualité pour consentir des modifications au contrat (7).

SECTION II

ÉTENDUE DU MANDAT NON CONÇU EN TERMES GÉNÉRAUX

545. Le mandat qui contient le pouvoir spécial d'accomplir certains actes doit être interprété restrictivement.

L'article 1989 nous fournit une application de ce principe: « *Le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est porté*

(1) Trib. civ. Châteaubriant, 19 nov. 1863, S., 69. 2. 216, D., 69. 3. 30. — Guillouard, n. 51.

(2) Guillouard, n. 50.

(3) Lyon, 31 juillet 1890, *Mon. jud. Lyon*, 16 déc. 1890.— Il peut même faire les travaux d'amélioration nécessaires à une location avantageuse. Lyon, 31 juillet 1890, précité.

(4,5) Trib. civ. Lyon, 13 juin 1893, *Gaz. Trib.*, 4 août 1893.

(6) Trib. féd. suisse, 19 juin 1893, cité par Nessi, *Ann. dr. comm.*, 1894, *Doctr.*, p. 38.

(7) Paris, 5 juillet 1892, D., 93. 2. 407.

« *dans son mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas* « *celui de compromettre.* » Si je donne à quelqu'un le pouvoir de transiger en mon nom, c'est-à-dire de prévenir ou terminer une contestation en s'entendant avec mon adversaire (art. 2044), c'est parce que j'ai confiance dans son dévouement, dans ses lumières et dans son impartialité. En *compromettant*, c'est à-dire en remettant à des arbitres le soin de trancher la difficulté, mon mandataire se désintéresse de la mission que je lui ai confiée ; il ne fait pas ce que je l'ai chargé de faire et il fait autre chose.

Il ne faut cependant rien exagérer. Le mandataire peut accomplir tous les actes qui sont une dépendance nécessaire de l'affaire à laquelle le mandat s'applique, car ces actes sont virtuellement compris dans son pouvoir (1). C'est ce qui était admis dans l'ancien droit (2).

Nous allons indiquer un certain nombre d'applications de ces principes.

Les solutions qui vont suivre seront d'ailleurs complétées par l'étude des hypothèses où se trouve engagée la responsabilité du mandataire (3).

546. Le mandataire chargé de faire une convention n'a pas qualité pour consentir à une clause pénale en cas d'inexécution de la part du mandant (4).

547. Le mandat de toucher une créance ne permet ni de la céder (5), ni de transiger (6), ni de faire une remise de dette (7), ni de disposer des fonds (8).

Si la créance est constatée par un effet négociable, le mandat de transmettre cet effet n'emporte pas mandat de dispenser le cessionnaire des formalités auxquelles l'article 165

(1) Guillouard, n. 96.

(2) Domat, liv. I, tit. 15, sect. 3, n. 10.

(3) V. *infra*, n. 593 s.

(4) *Contra* Sénat russe, 15 août 1874, *Journ. dr. int.*, V, 1878, p. 295.

(5) Pont, I, n. 941 ; Laurent, XXVII, n. 438; Guillouard, n. 97; Huc, *Tr. de la cession et de la transm. des créances*, I, n. 248.

(6) C. d'appel Indo-Chine, 29 janv. 1904, *Gaz. trib.*, 19 juin 1904. — Pont, *loc. cit.* ; Laurent, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.* — V. *supra*, n. 545.

(7) Pont, *loc. cit.* ; Laurent, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

(8) Angers, 9 avril 1892, D., 93. 2. 50.

du Code de commerce subordonne, en cas de protêt, son recours contre le mandant (1).

Le mandat de représenter une personne en justice ne leur permet pas de transiger et de compromettre (2).

La loi dit que le mandat de transiger n'emporte pas le pouvoir de compromettre ; il n'emporte pas non plus celui de faire une remise de dette (3) ; mais il emporte celui d'accepter la remise.

Le mandat de toucher les revenus ne permet pas de toucher les capitaux (4).

Mais le mandat de toucher une créance permet de donner mainlevée après payement (5), ou réciproquement.

548. Le mandataire chargé de poursuivre la satisfaction des droits d'une personne peut conférer à un huissier le mandat de procéder à une saisie immobilière pour l'exécution de ces droits (6), quoique l'huissier lui-même ne puisse procéder qu'en vertu d'un pouvoir spécial.

549. D'autre part, l'huissier auquel sont remis les titres exécutoires pour saisir un débiteur a qualité pour recevoir le montant de la dette (7).

Mais le mandat de saisir les biens d'un débiteur ne permet pas de se rendre adjudicataire au nom du mandant (8).

550. Le mandat de payer les dettes du mandant permet de faire un emprunt pour les payer (9).

551. Le notaire ou tout particulier chargé de placer des fonds n'est pas chargé d'en recevoir le remboursement (10).

(1) Trib. com. Marseille, 14 janv. 1902, *Rec. Marseille*, 1902. 1. 142.

(2) Trib. civ. Seine, 5 fév. 1901, *Droit*, 10 mai 1901 (mandat de représenter à une expertise).

(3) Cass. req., 9 nov. 1903, S., 1904. 1. 87.

(4) Cass., 4 therm. an IX, S. chr. — Bruxelles, 23 oct. 1893, *Pasic.*, 94. 2. 111. — Laurent, XXVII, n. 436 ; Guillouard, n. 97.

(5) Pont, I, n. 940 ; Guillouard, n. 97.

(6) Bordeaux, 4 mai 1891, S., 92. 2. 7. — V. à propos du mandataire général, *supra*, n. 528.

(7) Cass., 3 déc. 1838, S., 39. 1. 339. — Cass., 3 août 1840, S., 40. 1. 924. — Duranton, XII, n. 50 et XVIII, n. 222 ; Pont, I, n. 855 ; Aubry et Rau, IV, p. 153, § 317, note 6 ; Guillouard, n. 53.

(8) Cass., 1er avril 1839, S., 39. 1. 379. — Guillouard, n. 97.

(9) Bordeaux, 9 fév. 1829, S. chr. — Guillouard, n. 97.

(10) Angers, 21 nov. 1894, *Rec. Angers*, 94. 460.

Nous insistons plus loin sur l'étendue des pouvoirs du notaire, à propos de sa responsabilité (1).

552. En fait, on peut décider que le mandataire chargé d'employer les fonds prêtés à libérer un immeuble en faisant le nécessaire pour garantir le remboursement, est implicitement chargé de subroger le prêteur au créancier désintéressé (2).

553. Le mandataire chargé de vendre ne peut faire avec les objets qu'il est chargé de vendre une dation en paiement de la dette du mandant (3).

Le mandataire chargé de vendre n'a pas davantage le droit d'encaisser le prix (4).

Il ne peut non plus accorder un délai de payement (5).

Il n'est pas chargé d'accomplir les formalités complémentaires de la vente, comme le transfert (6), la transcription, etc.

Le mandataire chargé de donner à bail ne peut pas davantage encaisser le loyer (7). Le contraire peut résulter des circonstances (8).

Le mandat de vendre des immeubles n'emporte pas pou-

(1) V. *infra*, n. 622 s.

(2) Cass. civ., 27 oct. 1891, S., 92. 1. 559.

(3) *Contra* Paris, 12 juill. 1892, D., 93. 2. 509 (l'espèce était favorable à la solution qui a triomphé; un mari, chargé par sa femme de vendre des valeurs, s'en était servi pour acquitter la dot promise par les époux à un enfant commun; en outre, il avait prévenu sa femme de l'emploi qu'il allait faire).

(4) Rouen, 9 nov. 1839, S., 40. 2. 80. — Trib. civ. Seine, 15 avril 1893, *Rev. soc.*, 94. 1. 367 (vente de titres nominatifs). — Trib paix Saramon, 23 avril 1901, *Rev. just. paix*, 1902. 226. — Pont, I, n. 944 et 951 ; Aubry et Rau, IV, p. 642, § 412, note 10 ; Laurent, XXVII, n. 435 ; Guillouard, n. 97. — Trib. com. St-Pétersbourg, 12 juin 1875, *Journ. dr. intern.*, V, 1878, p. 300. — Trib. com. St-Pétersbourg, 9 juin 1877, *Journ. dr. intern.*, VIII, 1881, p. 188. — Trib. civ. Bruxelles, 20 mai 1875, *Pasicr.*, 95. 3. 282. — Schaper, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Agenten*. — *Contra* Trib. civ. Lyon, 2 mai 1902, *Mon. jud. Lyon*, 21 nov. 1902 (pour la vente de valeurs mobilières ; il décide même que le mandataire est responsable pour n'avoir pas encaissé le prix).

(5) Schaper, *loc. cit.*

(6) *Contra* Trib. civ. Lyon, 2 mai 1902, précité.

(7) Guillouard, n. 97.

(8) Guillouard, n. 97.

voir de les hypothéquer [1], sauf cependant dans le cas où le but du mandat était exclusivement de procurer des fonds au mandant [2].

554. Le mandat de constituer une dot ne permet pas davantage de donner une hypothèque pour en garantir le payement [3].

555. Le mandat d'aliéner n'emporte pas le droit d'insérer dans l'acte de vente une clause qui impose au vendeur une obligation autre que ses obligations légales.

Ainsi le mandataire ne peut imposer au vendeur l'obligation de ne pas exercer, dans un rayon ou pendant un temps déterminés, un commerce analogue au commerce dont l'exploitation est cédée. On admet que le syndic d'une faillite peut cependant, par une clause du cahier des charges, imposer cette obligation au failli [4] ; l'argument invoqué est que le syndic, étant chargé de représenter le failli, peut « insérer les conditions jugées les plus utiles pour faciliter la vente ». Cette solution se justifie, à notre avis, beaucoup mieux par l'idée que le syndic représente les créanciers en même temps que le failli, et que les créanciers ont le droit de prendre les mesures nécessaires pour retirer de la vente le plus haut prix. — Aussi ne doit-on pas décider de même pour les autres mandataires.

556. Le mandataire chargé d'acheter peut recevoir livraison [5].

557. Le mandat de prendre une inscription hypothécaire n'emporte pas celui de la renouveler [6].

558. Le pouvoir de faire « toutes les démarches néces-

(1) Troplong, n. 322 ; Pont, I, n. 950 ; Aubry et Rau, IV, p. 642, § 412 ; Guillouard, n. 97.

(2) Bruxelles, 29 mai 1806, S. chr. — Guillouard, n. 97.

(3) *Contra* Paris, 17 mars 1827, S. chr. — Guillouard, n. 97.

(4) Cass. civ., 21 juill. 1891, S., 91. 1. 377, D., 93. 1. 123.

(5) Cass. Autriche, 9 fév. 1870, *Journ. dr. intern.*, III, 1876, p. 52. — Trib. Amsterdam, 17 janv. 1878, *Weekbl. v. h. Recht*, n. 4268, *Anal. Journ. dr. intern.*, XI, 1884, p. 210.

(6) Le contraire peut dériver des circonstances, par exemple de ce qu'un avoué a conservé le dossier contenant les bordereaux d'inscription afin de le faire valoir. Cass. req., 30 oct. 1889, S., 90. 1. 323.

saires » pour une affaire n'autorise pas à agir en justice pour cette affaire (1).

Le mandat de plaider n'emporte pas celui de transiger (2).

Le mandataire chargé de plaider ne peut pas davantage acquiescer à un jugement (3).

Mais la signification des actes de procédure du jugement peut lui être faite et fait courir contre le mandant la déchéance du droit de recours (4). La signification ne peut être assimilée à l'acquiescement ; elle constitue l'un des actes de procédure essentiels pour que l'instance soit complète.

Le mandataire à l'effet de plaider ne peut pas interjeter appel du jugement. L'avocat lui-même ne peut interjeter appel sans un pouvoir spécial (5).

De même un mandataire chargé d'agir en appel ne peut interjeter un pourvoi en cassation (6).

Mais un mandataire ayant pouvoir d'exercer toutes les poursuites ou de comparaître devant tous les tribunaux peut interjeter un appel ou un pourvoi en cassation (7).

SECTION III

DU BLANC-SEING

559. Le mandat peut-il être donné sous forme de blanc-seing, c'est-à-dire sans indication des pouvoirs du mandataire ? Quelques parlements avaient interdit le blanc-seing

(1) Conseil d'Etat, 15 janv. 1892, S., 93. 3. 143.

(2) Félix Berriat-Saint-Prix, *Rev. crit.*, V. 1876, p. 362, n. 17.

(3) Cass., 9 août 1856, S., 56. 1. 485. — Cass., 9 déc. 1863, S., 64. 1. 177. — Paris, 21 janvier 1870 (motifs), S., 70. 2. 75. — Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Acquiescement*, n. 3 ; Chauveau sur Carré, *Lois de la procéd.*, IV, p. 23, quest. 1584. — V. cep. Cass., 4 mars 1862, S., 63. 1. 268. — Cette solution a été appliquée au mandat de l'article 17 de la loi du 24 juill. 1867 (mandat des actionnaires dans leur action contre le gérant). — Vavasseur, *Sociétés*, 5e éd., I, n. 738 ; Pont, *Sociétés*, II, n. 1573. — *Contra* Rivière, *Comment. de la loi du 24 juil. 1867*, n. 135.

(4) Cass. civ., 28 déc. 1886, S., 90. 1. 157 (mandat de l'article 17 de la loi 24 juil. 1867).

(5) Bourges, 3 mars 1826, D. *Rép.*, v° *Avocat*, n. 367.

(6) Cass. civ., 4 avril 1892, S., 93. 1. 260.

(7) Cass, 29 janv. 1850, S., 50. 1. 192.

dans l'ancien droit (1). Aujourd'hui la validité du blanc-seing ne fait pas de doute (2) : elle résulte de l'article 407 du Code pénal, qui punit seulement l'abus du blanc-seing.

Mais nous montrerons que le blanc-seing est particulièrement dangereux pour le mandant.

SECTION IV

PREUVE DE L'ÉTENDUE DU MANDAT. POUVOIRS DU JUGE

560. Une fois l'existence du mandat démontrée, son étendue peut, dans tous les cas, être prouvée par témoins et par présomptions (3) ; il s'agit uniquement alors d'interpréter le contrat et cette interprétation est du domaine souverain du juge de fait ; on peut d'ailleurs soutenir que l'acte fournit un commencement de preuve par écrit de l'étendue du mandat.

La charge de la preuve incombe à celui qui se prévaut du mandat : au mandant s'il soutient que le mandataire n'a pas accompli sa mission, au mandataire s'il veut se faire rembourser ses avances, au tiers avec lequel le mandataire a contracté si ce tiers entend faire exécuter le mandat par le mandant, etc.

561. C'est au juge du fait qu'il appartient de rechercher souverainement l'étendue du mandat (4).

(1) Arrêt d'Aix, 26 fév. 1747, Denisart, v° *Blanc-seing* ; Merlin, *Rép.*, v° *Blanc-seing*, n. 1.

(2) Demolombe, XXIX, n. 358 et 359 ; Aubry et Rau, VIII, p. 221, § 756, note 5 ; Guillouard, n. 191.

(3) Montpellier. 8 juill. 1862, S., 62. 2. 458. — Agen, 18 février 1873, S., 73. 2. 167, D., 74. 2. 79. — Montpellier, 10 mai 1894, *Mon. jud. Midi*, 24 juin 1894.

(4) Cass. req., 23 juil. 1889, D., 91. 1. 19. — Cass. civ., 25 fév. 1891, S., 94. 1. 351, D., 91. 1. 173 (dans les rapports entre les parties, elle peut résulter de l'aveu du mandataire). — Cass. civ., 14 juin 1895, D., 96. 1. 508. — Cass. civ., 8 et 9 juil. 1895, S., 97. 1. 133. — Cass. civ., 15 juil. 1895, D., 96. 1. 31.

CHAPITRE VIII

OBLIGATIONS DU MANDATAIRE VIS-A-VIS DU MANDANT

562. Le mandataire a deux obligations principales. Il doit: 1° accomplir le mandat ; 2° rendre compte de sa gestion.

SECTION PREMIÈRE

DE L'EXÉCUTION DU MANDAT

563. Le mandataire doit remplir son mandat, c'est-à-dire faire ce qu'il a promis de faire pour le compte du mandant. « *Le mandataire* », dit l'article 1991, alinéa 1, « *est tenu* « *d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et* « *répond des dommages et intérêts qui pourraient résulter* « *de son inexécution.* »

Les mots *tant qu'il en demeure chargé* font allusion au droit qui appartient au mandant de révoquer le mandat et au mandataire lui-même d'y renoncer (art. 2003). Dans l'un et l'autre cas, le mandat prend fin, et il est clair que le mandataire cesse d'être tenu de l'exécuter.

§ I. *Personnes qui doivent et peuvent exécuter le mandat. De la substitution.*

564. Les créanciers ne pouvant exercer aucun des droits du débiteur qui ont un caractère personnel, les créanciers du mandataire ne peuvent exécuter le mandat, car le mandat est confié au mandataire en raison de ses qualités personnelles. D'ailleurs il ne confère même pas un véritable droit, mais impose au contraire une obligation au mandataire (1).

Il en est ainsi même si le mandat est confié au mandataire, en partie, dans son intérêt (2).

(1) Demolombe, XXV, n. 60 ; Aubry et Rau, IV, p. 124. § 312 ; Fuzier-Herman, art. 1166, n. 66.

(2) *Contra* Bordeaux, 23 nov. 1831, D. *Rép.*, v° *Mandat*, n. 495. — Demolombe, XXV, n. 61 ; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Fuzier-Herman, art. 1166, n, 67.

565. Le mandataire peut-il charger une autre personne à sa place de l'exécution du mandat ? Peut-il, en d'autres termes, se substituer quelqu'un pour cette exécution ? En supposant qu'il le fasse, quel effet la substitution produira-t-elle ? La loi répond d'une manière incomplète à cette double question dans l'article 1994, qui s'exprime ainsi : « *Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion* : « 1° *quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un* ; « 2° *quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une* « *personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement* « *incapable ou insolvable. — Dans tous les cas, le mandant* « *peut agir directement contre la personne que le mandataire* « *s'est substitué.* »

Les questions relatives à la substitution sont les suivantes :

1° A quelles conditions la substitution peut avoir lieu.

2° La responsabilité du mandataire vis-à-vis du mandant pour les fautes du substitué.

3° Les effets de la substitution entre le mandataire et le substitué.

4° Ses effets entre le mandant et le substitué.

5° Ses effets dans les rapports du mandat et du mandataire avec les tiers.

6° Sa fin.

7° La substitution aux mandats légal et judiciaire.

I. *A quelles conditions la substitution peut avoir lieu.*

566. Nous laissons ici de côté le point de savoir si la substitution doit être autorisée par le mandant ; nous verrons, en effet, plus loin que, même non autorisée ou interdite par le mandant, la substitution n'est pas nulle, et que la responsabilité du mandataire relativement aux actes du substitué dépend seule du point de savoir si la substitution est permise ou non (1).

Nous examinerons également, à propos de la responsabilité, les formes de l'autorisation (2).

(1) V. *infra*, n. 569 s., 577.
(2) V. *infra*, n. 576.

567. La capacité du mandataire pour désigner un substitué est la même que celle du mandant pour désigner un mandataire, puisque le substitué est le mandataire du mandataire.

Le substitué, comme le mandataire, n'a besoin d'aucune capacité, sauf la responsabilité que le mandataire encourt vis-à-vis du mandant en raison du dommage que l'incapacité lui aura causé.

II. *Effets de la substitution dans les rapports du mandant et du mandataire.*

568. Il y a lieu de prévoir quatre cas :

1° Celui où la procuration est muette, c'est-à-dire ne contient ni pouvoir ni défense de substituer un tiers ;

2° Celui où la procuration contient pouvoir de substituer en désignant le tiers que le mandataire pourra se substituer;

3° Celui où la procuration contient pouvoir de substituer sans désignation de ce tiers;

4° Celui où la procuration contient défense de substituer.

A. *Du cas où la procuration est muette sur la substitution.*

569. Le mandataire est autorisé à se substituer quelqu'un (1). C'est, d'abord, la solution traditionnelle : elle était admise soit en droit romain (2), soit dans le droit canonique (3).

(1) Cass. civ., 4 janv. 1898 (impl.), D., 1903.1.612. — Caen, 19 nov. 1836, D. *Rép.*, v° *Arbitrage*, n. 799. — Duranton, XVIII, n. 250 ; Troplong, n. 446 et 447 (on cite quelquefois cet auteur en sens contraire. Mais tout ce qu'il dit c'est que le mandataire est responsable du fait du substitué et nous l'admettons également) ; Zachariæ, éd. Massé et Vergé, V, p. 46, § 753 ; Aubry et Rau, IV, p. 645, § 413, note 14 ; Pont, I, n. 1016 ; Laurent, XXVII, n. 482 s. ; Lacoste, *Note*, S., 91. 1. 114 ; Guillouard, n. 120. — *Contra* Massé et Vergé, V. p. 46, § 753, note 20; Delamarre et Lepoitvin, *Tr. de dr. comm.*, II, n. 195 s. ; Domenget, I, n. 312 et 313. — En droit commun allemand, il n'y a pas de règle générale. Eck, *loc cit.* — En droit prussien la substitution n'était permise que s'il y avait nécessité. *C. gén.*, I, XIII, § 37 s. — Le C. civ. allemand (art. 664) interdit la substitution.

(2) L. 8, § 3, D., *Mand.*, 17. 1. — L. 28, D., *de negot. gest.*, 3. 5. — L. 2, D., *Si mens. fals. mod. dix.*, 11. 6.

(3) Décrétale de Boniface VIII, citée par Aubry et Rau, *loc. cit.* — D'après Durand de Maillane, *Instit. du dr. canon.*, VI, 1770, liv. III, tit. II, p. 337, le procureur extrajudiciaire seul pouvait se substituer quelqu'un sans en avoir

Pothier, à la vérité, décidait le contraire (1); mais il faisait exception pour le cas où la nature de l'affaire empêche de penser que le mandant ait choisi le mandataire pour ses qualités personnelles. Or c'est là aujourd'hui le cas habituel, et, du reste, comme nous n'admettons pas la substitution dans le cas où les qualités personnelles du mandataire sont entrées en ligne de compte, notre opinion revient presque à celle de Pothier. Enfin, dans l'élaboration du Code civil, une proposition de Cambacérès, tendant à interdire la substitution, fut rejetée sur l'observation que la substitution n'a aucun inconvénient pour le mandant, le mandataire restant responsable de la gestion du substitué, qu'elle est souvent, en cas d'empêchement du mandataire, utile au mandant, enfin que, le mandat étant gratuit, il ne faut pas faire la loi trop dure au mandataire (2).

Toutefois le mandataire désigne le substitué à ses risques et périls ; il sera donc responsable envers le mandant des faits et gestes du substitué (3). C'est une conséquence de l'obligation de rendre compte, dont il est tenu envers le mandant : il s'était obligé à gérer en bon père de famille l'affaire qui lui a été confiée ; s'il juge à propos de se décharger de cette obligation sur une autre personne, il est juste qu'il en réponde. Donc tout ce que signifie le droit que nous accordons au mandataire de se substituer quelqu'un, c'est que les actes du substitué engagent le mandant dans les mêmes limites que les actes du mandataire.

Des faits, ou de la nature de l'acte, il peut résulter, malgré le silence du contrat, que le mandataire peut se substituer un tiers (4).

570. Le mandataire qui a choisi un substitué, sans en avoir reçu le pouvoir exprès, ne répond pas des cas fortuits

reçu le pouvoir ; le procureur judiciaire, réputé choisi pour ses qualités personnelles, ne pouvait se choisir de substitué.

(1) N. 90 s.

(2) Fenet, XIV, p. 573 et 574.

(3) Cass. civ., 11 janv. 1898, précité. — Trib. civ. Reims, 7 déc. 1900, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 343. — Auteurs précités.

(4) C. d'appel Réunion, 2 déc. 1895, sous Cass., 11 janv. 1898, D., 1903. 1. 612.

qui se produiraient dans la gestion du substitué. On ne pourrait songer à les mettre à sa charge qu'autant qu'il serait possible de les considérer comme étant le résultat d'une faute par lui commise ; or, en substituant quelqu'un, le mandataire n'a pas commis une faute ; il a usé d'un droit. C'est l'opinion généralement admise.

571. On admet que l'avocat ne peut se faire suppléer par un autre avocat sans le consentement de son client (1).

D'autre part, la femme qui a reçu un mandat du mari ne peut désigner un substitué sans l'autorisation du mari (2) ; car le mandataire est obligé d'indemniser le substitué de ce qui lui est dû pour l'exécution du mandat, et la femme ne peut contracter d'engagement sans l'autorisation du mari.

Il a été également jugé, mais sans motifs à l'appui, que le mandataire chargé de réclamer une réduction de contributions directes ne peut se substituer personne sans autorisation (3).

572. On a décidé que le mandat donné à un agent d'affaires de suivre une instance, avec la stipulation qu'il en payera les frais et qu'il gardera une quote-part des sommes qu'il aura touchées, a un caractère personnel et que la substitution à ce mandat est interdite (4). En réalité cette solution se justifie par une autre raison, c'est qu'il y a ici un contrat de louage d'ouvrage et non pas un mandat.

573. Comme nous l'avons dit plus haut, le mandataire chargé de faire une opération de bourse sur des titres cotés ne peut se substituer qu'un agent de change ; c'est à l'intermédiaire, chargé de faire une opération de bourse sur les titres cotés, qu'il appartient de prouver qu'il s'est adressé, pour le faire, à un agent de change (5).

(1) Mollot, *Régl. de la prof. d'avocat*, 2e éd., II, p. 105 s. ; Garsonnet, *Tr de proc.*, I, p. 408, § 103.

(2) Lacoste, *Note*, S., 91. 1. 114.

(3) Cons d'Et., 8 fév. 1890, S., 92. 3. 64, D., 91. 3. 71 (on peut même penser que cet arrêt interdit la substitution à tout mandataire).

(4) Trib. civ. Seine, 12 fév. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 674.

(5) V. *supra*, n. 426.

B. *Du cas où la procuration contient le droit de substituer une personne déterminée.*

574. Si le mandataire se substitue cette personne, la substitution sera aux risques et périls du mandant; le mandataire ne répondra donc pas du fait de son substitué, il sera complètement déchargé. Tout ceci résulte *a contrario* de l'article 1994, qui restreint la responsabilité du mandataire au cas où il n'a pas reçu pouvoir de se substituer quelqu'un.

Toutefois, on admet que le mandataire, même au cas où il s'est subtitué une personne qui lui avait été expressément désignée, est tenu d'exercer une surveillance sur le substitué et est responsable des actes que cette surveillance aurait empêchés (1).

C. *Du cas où la procuration contient le droit de substituer un tiers quelconque.*

575. Si la procuration porte purement et simplement pouvoir de substituer, sans dire qui, ou même s'il résulte de ses termes une autorisation tacite de substituer, alors le mandataire ne répond pas du substitué, à moins qu'il n'ait choisi une personne notoirement incapable ou insolvable (2). C'est ce qui résulte formellement de l'article 1994.

On décide que la responsabilité du mandataire n'est engagée que si l'incapacité ou l'insolvabilité du substitué était notoire au moment de la substitution (3). Cela nous paraît peu d'accord avec l'obligation que tous les auteurs imposent au mandataire de surveiller le substitué qui lui a été désigné. Si cette obligation existe réellement, à plus forte raison

(1) Cass., 10 juill. 1827, S. chr — Cass., 26 nov. 1860, P., 62. 757, D., 61. 1. 496. — Cass., 23 avril 1872, S., 72. 1. 207, D., 72. 1. 411. — Pont, I, n. 1020 ; Laurent, XXVII, n 488 et 489 ; Guillouard, n. 121.

(2) Cass. civ., 11 janv. 1898, D., 1903. 1. 612. — Cass. req., 28 juin 1904, D., 1905. 1. 284. — Guillouard, n. 122 ; Aubry et Rau, IV, p. 646, note 14. — C. féd. suisse, art. 397 : « S'il avait reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, il ne répond que du soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire et formulé ses instructions .» — C. civ. allemand, art. 664.

(3) Pont, I, n. 1021 ; Aubry et Rau, IV, p. 645, § 413, note 14 ; Laurent, XXVII, n. 487 ; Guillouard, n. 122.

le mandataire doit-il surveiller le substitué qu'il a choisi de lui-même, et cette surveillance l'oblige à révoquer le substitué dont il apprend l'incapacité ou l'insolvabilité.

On peut dire, dans tous les cas, en se basant sur l'article 1994 et en s'inspirant du motif qui justifie cet article, que le mandataire est responsable toutes les fois qu'il devait craindre que le substitué choisi ne portât préjudice au mandant[1]. Du reste, le mandataire a commis, en faisant un pareil choix, une faute dans sa gestion, dont l'article 1994 le rend responsable.

Ainsi, il est responsable des agissements indélicats d'un substitué qu'il savait malhonnête, quoique ce substitué ne fût pas insolvable [2].

Il est également responsable d'un substitué qui était suspect [3].

Pour la même raison, le mandataire est responsable des fautes commises par le substitué, à raison de l'insuffisance des instructions qu'il a dû donner à ce dernier [4].

Le mandataire est aussi, en tout cas, responsable d'un substitué dont il ne connaissait pas les défauts, s'il a été chargé de surveiller l'exécution de la substitution.

On peut admettre que si le mandataire a reçu des honoraires importants, il a été chargé implicitement de cette surveillance [5]. Mais le fait seul que le mandataire est salarié ne suffit pas à justifier cette solution [6].

Enfin le mandataire qui commet une faute personnelle est évidemment responsable de cette faute [7].

576. Le pouvoir de substituer peut, comme tout pouvoir,

(1) Guillouard, n. 123.

(2) Guillouard, n. 123.

(3) Aix, 4 fév. 1887, *Bull. d'Aix*, 88. 5 (agent de change).

(4) Guillouard, n. 123.

(5) Trib. civ. Annecy, 26 oct. 1889, *Loi*, 15 janv. 1890 (banquier chargé de faire vendre des titres).

(6) V. cep Trib. civ. Annecy, 26 oct. 1889, précité.

(7) Décidé en ce sens que le mandataire, chargé de surveiller une créance hypothécaire et en donner mainlevée, qui désigne un substitué et, comme prête-nom de ce dernier, se rend adjudicataire de certains des immeubles hypothéqués sans aviser le mandant, est responsable de la mainlevée donnée par le substitué à un sous-acquéreur. — Cass. req., 28 juin 1904, D., 1905. 1. 281.

être tacite il n'a pas besoin d'être exprès [1]. C'est ce que disait Pothier [2].

Ce pouvoir peut-il, comme on l'a prétendu [3], résulter de la nature du mandat ou de la profession du mandataire? Nous ne le pensons pas; sans doute la nature du mandat et la profession du mandataire peuvent faire présumer que le mandant a autorisé la substitution [4], mais dans quels termes l'a-t-il autorisée? On doit penser que le mandant tient, quand il choisit un mandataire, comme quand il se fait promettre un service ou prête de l'argent, à s'assurer la garantie personnelle de celui avec lequel il contracte ; le mandataire pourra donc se choisir un substitué, mais il restera responsable de la gestion de ce dernier.

On a été jusqu'à soutenir que le mandataire est réputé avoir reçu pouvoir de se substituer un tiers, si des événements postérieurs au mandat l'empêchent de remplir son mandat ou lui rendent l'exécution du mandat très difficile [5]. C'est, croyons-nous, une erreur ; car ce cas est précisément celui en vue duquel les rédacteurs du code civil ont proclamé le droit de substitution *sous la responsabilité personnelle du mandataire.*

D. *Du cas où la procuration interdit la substitution.*

577. Dans ce cas, le mandataire viole la loi du contrat en se substituant quelqu'un, et il est juste par suite de le traiter avec la plus grande rigueur. Il répondra donc, non seulement du fait du substitué, mais aussi des cas fortuits dont la substitution a été la cause ou l'occasion [6], c'est-à-dire de ceux qui ne se seraient pas produits s'il eût lui-même exécuté le mandat; car ces cas fortuits sont une conséquence au moins

(1) Pont, I, n. 1022 ; Guillouard, n. 124.
(2) N. 99.
(3) Pont, I, n. 1022 ; Guillouard, n. 124.
(4) Nimes, 3 nov. 1894, *Droit*, 9 oct. 1895 (acte qui matériellement ne peut être accompli par le mandataire).
(5) Troplong, n. 465 s. ; Guillouard, n. 124.
(6) Certains auteurs lui imposent même en termes absolus la responsabilité des cas fortuits. Guillouard, n. 125.

indirecte de sa faute. Les autres demeureraient à la charge du mandant.

III. *Effets de la substitution dans les rapports du mandataire et du substitué.*

578. Dans les rapports du substituant avec le substitué, la substitution n'est qu'un mandat, et elle en produit les effets (1). Le mandataire, qui se substitue quelqu'un pour l'exécution du mandat, devient sous-mandant par rapport au substitué; la substitution est un deuxième mandat greffé sur le premier.

Toutefois il peut se faire que le mandataire et le substitué aient entendu ne faire naître aucun rapport entre eux (2); c'est une question de fait, que le juge du fond tranche souverainement (3).

579. En dehors de cette dernière hypothèse, le mandataire est tenu d'indemniser le substitué de ce qui lui est dû pour l'exécution du mandat (4).

Le substitué ne peut agir contre le mandataire, par exemple à raison d'une erreur commise par le substitué à son préjudice, si ce dernier a déjà remis au mandant la chose qui faisait l'objet du mandat (5).

580. Le mandataire ne peut exiger du substitué le versement des sommes qu'il a touchées pour le compte du mandant (6) et cela même s'il n'avait pas le droit de faire une substitution (7).

Cela résulte de ce que, comme nous le disons plus loin,

(1) Paris, 10 nov. 1812, P. chr. — Bourges, 18 avril 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 110. — Aubry et Rau, IV, p. 617, § 413, note 17 ; Guillouard, n. 129; Wahl, *Note*, S., 1900. 2. 297.

(2) Guillouard, n. 129.

(3) Guillouard, n. 129.

(4) Pont, I, n. 108; Lacoste, *Note*, S., 91. 1. 114.

(5) Trib. civ. Seine, 30 juin 1893, *Droit*, 15 août 1893 (le banquier qui, chargé de vendre des titres, se trompe et remet une somme plus forte au donneur d'ordre, ne peut agir en restitution de l'excédent contre ce dernier, si déjà le donneur d'ordre a remis les fonds à son propre donneur d'ordre).

(6) Cela a été jugé pour le versement du prix des titres nominatifs vendus. Trib. civ. Seine, 14 avril 1893, *Droit*, 4 mai 1893.

(7) *Contra* Drujon, *Rev. crit.*, VI, 1877, p. 633.

le substitué a le droit de faire ce versement entre les mains du mandant [1].

Nous verrons également que le substitué n'a même pas toujours le *droit* de s'acquitter entre les mains du mandataire [2].

Mais le mandataire actionné en responsabilité par le mandant pour la faute du substitué peut mettre ce dernier en cause [3].

Il peut aussi, après avoir été condamné, agir en garantie contre le substitué [4].

Nous verrons plus loin dans quels cas le substitué peut rendre son compte au mandataire et dans quels cas il doit le rendre au mandant [5].

IV. *Effets de la substitution dans les rapports du mandant et du substitué.*

A. *Action du mandant contre le substitué.*

581. Comment les choses se passent-elles dans les rapports du mandant et du substitué ? L'article 1994, alinéa final, que nous avons déjà cité, dit à ce sujet : « Dans tous les cas, « le mandant peut agir directement contre la personne que « le mandataire s'est substituée. » Le substitué est donc tenu envers le mandant, absolument comme s'il était son mandataire direct. C'était utile à dire ; car les principes généraux, au moins si le mandataire n'a pas reçu pouvoir de se substituer quelqu'un [6], ou même dans le cas contraire et pourvu que le substitué n'ait pas été désigné [7], n'auraient permis au mandant d'agir contre le substitué que du chef du mandataire (substituant) et en vertu de l'article 1166 : ce qui aurait eu pour résultat d'obliger le mandant, au cas d'insolvabilité du mandataire, de subir le concours des créanciers

(1) V. *infra*, n. 581 et s.
(2) V. *infra*, n. 581 et 584.
(3) Bourges, 18 avril 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 210,
(4) Bourges, 18 avril 1888, précité.
(5) V. *infra*, n. 584.
(6) Duranton, XVIII, n. 51 ; Laurent, XXVII, n. 490 ; Guillouard, n. 126.
(7) V. cep. Laurent, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

de celui-ci et de partager avec eux le bénéfice de son action. C'eût été assez injuste (1); et, dans le conflit qui s'élevait ici entre l'équité et un principe de droit, le législateur a préféré faire le sacrifice du principe.

Il résulte de là que le substitué est directement responsable envers le mandant des fautes commises dans sa gestion (2).

Il n'en est pas ainsi cependant si ces fautes ont été commises sur l'ordre du mandataire.

D'autre part, le substitué ne peut opposer au mandant la compensation entre ses dettes vis-à-vis de ce dernier et ses créances sur le mandataire (3).

Toutefois le substitué peut opposer cette compensation s'il a, en raison de la manière dont le mandat lui a été conféré, pu croire qu'il était le mandataire direct du mandataire (4).

Le substitué ne peut pas davantage se prévaloir d'une confusion opérée du chef du mandataire (5), ni d'une remise de dette qui lui aurait été consentie par ce dernier (6).

582. Le substitué a le droit de verser directement au mandataire les sommes qu'il a touchées pour le compte du mandant, s'il a cru que le mandataire agissait en son propre nom et s'il a ainsi ignoré l'existence du mandant (7).

583. Dans l'hypothèse où le substitué a connu le mandant, la solution contraire paraît préférable. De deux choses l'une : ou le mandataire était autorisé à se choisir un substitué, ou il n'y était pas autorisé. S'il n'y était pas autorisé, le substitué a participé à un acte illicite, en acceptant la substitu-

(1) Guillouard, n. 126.

(2) Rouen, 7 avril 1886, D., 88. 2. 45. — Guillouard, n. 127.

(3) Cass. req., 20 avril 1859, S., 59. 1. 298, D., 59. 1. 263. — Cass. civ., 22 mars 1875, S., 75. 1. 302, D., 75. 1. 204. — Paris, 14 déc. 1866, S., 71. 2. 87, D., 70. 1, 21. — Paris, 14 juil. 1869, D., 70. 2. 40. — Orléans, 9 juin 1870, S., 71. 2. 87, D., 70. 2. 225. — Trib. com. Marseille, 17 oct. 1888, *Rec. Marseille*, 89. 1. 51. — Guillouard, n. 127 ; Drujon, *op. cit.*, p. 630 et 637. — Trib. sup. comm. Empire Allemagne, 17 sept. 1878, *Journ. dr. int.*, VII, 1880, p. 206.

(4) Cass., 23 fév. 1874, S., 75. 1. 363, D., 74. 1. 389. — Rennes, 24 août 1859, S., 60, 2. 36. — Lyon, 7 déc. 1859, S., 60. 2. 206. — Rouen, 13 avril 1870, S., 71. 2. 17, D., 74. 1. 389. — Guillouard, n. 127 ; Drujon, *op. cit.*, p. 637.

(5) Drujon, *op. cit.*, p. 636.

(6) Drujon, *op. cit.*, p. 636.

(7) Drujon, *Rev. crit.*, VI, 1877, p. 630. — V. *infra*, n. 585.

tion, et il ne peut se prévaloir de cet acte illicite. En tout cas, et il en est de même dans l'hypothèse contraire, le substitué savait qu'il agissait pour le compte du mandant et que le mandataire était un simple intermédiaire dont le rôle cessait par l'effet de la substitution [1].

584. Ainsi l'agent de change chargé par un intermédiaire de vendre des titres nominatifs, ne peut en payer le prix qu'au propriétaire, et non pas au mandataire, à moins que ce dernier ne soit spécialement chargé de recevoir le prix [2].

585. Le mandant ne peut plus agir contre le substitué, une fois que ce dernier a rendu son compte au mandataire, si le substitué n'a pas connu le mandat [3]. Ainsi l'agent de change qui, chargé par un banquier, lequel est lui-même mandataire d'un tiers, d'acheter ou de vendre des titres, a remis les titres ou les fonds au banquier, ne peut plus être, s'il ne connaissait pas le nom du mandant, actionné par ce dernier [4].

Si, au contraire, le substitué a eu connaissance du nom du mandant. c'est à ce dernier et non pas au mandataire qu'il doit rendre compte, comme nous l'avons dit ; en conséquence, s'il rend compte au mandataire, il encourt une responsabilité vis-à-vis du mandant ; car il a su que l'opération était faite pour le compte de ce dernier et que par suite le produit de l'opération était devenu sa propriété. C'est encore ce qu'on décide à l'égard des agents de change chargés, comme

(1) Cass., 20 avril 1859, S., 59. 1. 298, D., 59. 1. 263. — Cass., 22 mars 1875, S., 75. 1. 302, D., 75. 1. 204. — Paris, 14 déc. 1866, S., 71. 2. 87, D., 70. 1. 21. — Rouen. 13 avril 1870, S., 71. 2. 17, D., 74. 1. 389. — Orléans, 9 juin 1870, S., 71. 2. 87. — *Contra* (pour le cas où le mandataire n'avait pas le droit de faire une substitution) Drujon, *op. cit.*, p. 630 s. — Ainsi jugé pour le produit des opérations de bourse et notamment pour le prix de vente de titres nominatifs. — Paris, 18 déc. 1886, *Droit*, 29 déc. 1886. — Trib. civ. Seine, 15 avril 1893, *Droit*, 4 mai 1893.

(2) Trib. civ. Seine, 15 avril 1893, *Droit*, 4 mai 1893. — V. *infra*, n. 585.

(3) Trib. civ. Douai, 31 déc. 1892, *Droit*, 21 avril 1893. — Pont, II, n. 1025 s.

(4) Cass. civ., 23 fév. 1874, S., 75. 1. 363, D., 74. 1. 389. — Paris, 1er fév. 1860, *Journ. des trib. de comm.*, IX, n. 3175. — Paris, 15 avril 1863, *Journ. des trib. de comm.*, XII, n. 4498. — Paris, 15 avril 1866, *Journ. des trib. de comm.*, XV, n. 5392. — Rouen, 3 avril 1870, S., 71. 2. 17, D., 74. 1. 389. — Buchère, *Tr. des val. mob.*, n. 997 ; Pont, *loc. cit.* ; Crépon, *De la négoc. des eff. publics*, n. 222 s

substitués, d'acheter ou de vendre des titres au porteur [1].

Il résulte de là que, comme nous l'avons dit, si un agent de change est chargé, comme substitué, d'acheter ou de vendre des titres nominatifs, c'est toujours au mandant qu'il doit rendre compte, le nom du mandant lui étant nécessairement connu [2].

586. Si la convention de mandat modifiait le droit commun en ce qui concerne la responsabilité du mandataire, cette modification est opposable au substitué et peut être invoquée par lui dans ses rapports avec le mandant; le substitué doit, en effet, accomplir le mandat tel qu'il a été conféré.

De même si la nature du mandat imposait au mandataire des obligations spéciales, le substitué doit également les accomplir. Si, par exemple, des biens dotaux ont été déclarés, par le contrat de mariage, aliénables à charge d'emploi ou de remploi, le substitué est, aussi bien que le mandataire, responsable du défaut d'emploi ou de remploi [3].

B. *Action du substitué contre le mandant.*

587. Si le mandant peut agir directement contre le substitué, une juste réciprocité paraît exiger que le substitué puisse de son côté agir directement contre le mandant [4] et, par exemple, lui demander directement le remboursement de ses déboursés et impenses [5].

Le mandant n'est pas tenu cependant envers le substitué des obligations que le mandataire a contractées envers ce

(1) Paris, 14 juil. 1869, D., 70. 2. 40. — Il en est ainsi de l'agent de change chargé d'acheter des titres au porteur et de les convertir en titres nominatifs pour le compte d'un mineur. — Bordeaux, 24 juil. 1893, D., 95. 2. 89.

(2) Cass. req., 20 avril 1859, S., 59. 1. 298, D., 59. 1. 263. — Cass. civ. 22 mars 1875, S., 75. 1. 302, D., 75. 1. 204. — Paris, 15 déc. 1875, *Journ. des trib. de comm.*, 1876, p. 274. — Rouen, 7 avril 1886, D., 88. 2. 46. — V. *supra*, n. 584.

(3) Rouen, 7 avril 1886, D., 88. 2. 46.

(4) Aubry et Rau, IV, p. 647, § 413, note 17 ; Guillouard, n. 128.

(5) Trib. civ. Seine, 23 nov. 1894, *Droit*, 30 déc. 1894. — Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

dernier pour l'accomplissement de la mission qu'il lui avait confiée [1].

Ainsi il n'a pas à payer au substitué le salaire que lui a promis le mandataire [2]. Cependant, si cette substitution était nécessaire, le salaire du substitué peut être considéré comme une avance faite par le mandataire pour le compte du mandant [3].

588. Par application de l'article 2002, on a donné quelquefois au substitué une action solidaire contre le mandant et le mandataire [4]. Mais la situation n'a ici rien de semblable à celle de l'article 2002.

V. *Effets de la substitution dans les rapports du mandant et du mandataire avec les tiers.*

589. Si le substitué a parlé au nom du mandant, ce sera comme si le mandant avait agi lui-même : c'est lui par conséquent qui deviendra créancier ou débiteur, c'est dans sa personne que naîtront les actions actives et passives résultant des actes passés par le substitué [5]. Les tiers ne peuvent actionner le mandataire ni être actionnés par lui [6]. On conçoit qu'il ne puisse plus en être de même, si le substitué a parlé au nom du mandataire (substituant) [7]. Alors c'est dans la personne de celui-ci que naîtront les actions actives et passives et le mandant n'aura aucun rapport direct avec les tiers [8]; mais nous croyons que le mandant pourrait exiger que ces actions lui fussent cédées.

Le mandant qui a interdit la substitution n'est jamais tenu des actes passés par le substitué, à moins qu'il ne les ratifie [9].

(1) Trib. civ. Lyon, 30 déc. 1893, *Mon. jud. Lyon*, 19 fév. 1894.
(2) Troplong, n. 640 ; Pont, I, n. 1110 ; Guillouard, n. 176.
(3) Guillouard, n. 170.
(4) Trib. civ. Seine, 4 janv. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 692.
(5) Cass., 7 déc. 1857, S., 58.1.546, D., 58.1.122. — Cass., 26 nov. 1878, S., 79. 1. 69. — Trib. civ. Lyon, 7 juin 1895, *Mon. jud. Lyon*, 8 juil. 1895. — Pont, I, n. 1028 et 1029 ; Laurent, XXVII, n. 494 ; Guillouard, n. 130 et 184.
(6) Guillouard, n. 130.
(7) Guillouard, n. 130.
(8) Guillouard, n. 130.
(9) Pont, I, n. 1023 ; Guillouard, n. 125. — V. cep. pour les courtiers d'as-

VI. *Fin de la substitution.*

590. La révocation du mandat entraîne cessation de la substitution.

Mais les actes faits par le substitué dans l'ignorance de la révocation sont valables [1] ; on peut appliquer ici l'article 2005.

La renonciation du mandataire ne met pas fin à la substitution, car la loi, ayant donné au mandant une action directe contre le substitué, montre ainsi que le substitué devient mandataire.

Enfin la révocation de la substitution laisse intact le mandat, et il en est de même de la renonciation du substitué.

Le mandataire peut librement révoquer le substitué qu'il s'est désigné [2] ; le substitué n'est en effet que son mandataire.

591. Le mandataire qui se substitue un tiers agit pour le compte du mandant et avec l'autorisation expresse ou tacite de ce dernier ; c'est donc le mandant qui est censé avoir choisi le substitué et il résulte de là que la mort du mandataire n'éteint pas la substitution [3], mais qu'il en est autrement de la mort du mandant.

VII. *De la substitution au mandat judiciaire ou légal.*

592. Les règles qui précèdent ne sont applicables qu'au cas où le substitué a été choisi par un mandataire conventionnel.

Si le mandataire judiciaire choisit un mandataire, il est sans doute responsable de son choix, mais le substitué devient

surances, substitués aux agents généraux malgré l'interdiction. — Trib. civ Tarbes, 24 juill. 1899, *Gaz. Pal.*, 99.2.600.

(1) Douai, 3 janv. 1895, *Droit financier*, 95.82 (la révocation du mandat donné au remisier de transmettre des ordres de bourse à l'agent de change n'est pas opposable à ce dernier quand elle ne ne lui a pas été révélée).

(2) Il en était autrement en droit canonique ; on invoquait le préjudice que la révocation pouvait causer au mandant. — Durand de Maillane, *Inst. de dr. canon.*, VI. p. 361,

(3) Jean Faber, *in § quis*, Inst., *de mand.*; Annotateur de Chorier, *La jurispr. de Guy Pape*, 2e éd., 1769, liv. V, sect. 1, art. 7, p. 286.

le mandataire direct de la personne dont le substituant était le mandataire judiciaire. En tout cas la substitution, si elle n'est pas interdite formellement, est permise [1].

De même les relations de mandant à mandataire s'établissent directement entre le substitué au mandataire légal et la personne dont ce dernier représente les intérêts [2].

Ainsi en est-il du mandataire choisi par un fonctionnaire [3], un maire [4], un directeur de société [5], un syndic de faillite [6], un tuteur [7].

Toutefois, celui qui a conféré le mandat sera réputé mandant, s'il n'a pas informé le mandataire de sa qualité [8], ou s'il a agi au delà de ses pouvoirs [9].

§ II. *Responsabilité du mandataire.*

I. *Fautes et faits dont le mandataire est responsable.*

593. Le mandataire répond de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille, *culpa levis in abstracto* [10]. Cette solution était déjà donnée par Pothier [11], qui la justifiait en disant que « celui qui se charge de la gestion d'une affaire se charge de tout ce qui est nécessaire pour cette gestion et, par conséquent, de tout le soin et de toute l'habileté qu'il demande. » Toutefois, le juge devra se montrer un peu plus sévère dans son appréciation si le mandat est salarié.

(1) *Contra* Trib. civ. Seine, 12 fév. 1894, *Gaz. Trib.*, 29 mars 1894.

(2) Pont, I, n. 1082; Aubry et Rau, IV, p. 647, § 414, note 1 ; Laurent, XXVIII, n. 1 s. ; Guillouard, n. 149.

(3) Cass., 24 mars 1825, S. chr. — Guillouard, n. 149.

(4) Cass., 17 juil. 1838, S., 38.1.577. — Guillouard, n. 149.

(5) Cass., 6 mai 1835, S., 35. 1. 325. — Guillouard, n. 149.

(6) Cass., 24 août 1843, S., 43. 1. 757. — Lyon, 8 nov. 1860, S., 61. 2. 15. — Guillouard, n. 149.

(7) Guillouard, n. 149.

(8) Pont, *loc. cit.* ; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Laurent, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

(9) Mêmes auteurs.

(10) Cass. req., 21 janv. 1890, S., 90. 1. 408, D., 91. 1. 380 (mandat salarié). — V. cep. pour le mandat gratuit, Trib. civ. Versailles, 20 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 440 (motifs).

(11) N. 46. — Argou, liv. III, ch. XXXVII (II, p. 351).

C'est ce qui résulte de l'article 1992, ainsi conçu : « *Le man-* « *dataire répond non seulement du dol, mais encore des fau-* « *tes qu'il commet dans sa gestion.* — *Néanmoins, la respon-* « *sabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureuse-* « *ment à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui* « *reçoit un salaire.* »

Il ressort de ce texte que le mandataire salarié n'est, comme le mandataire non salarié, tenu que de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille (1), mais que le mandataire non salarié doit bénéficier d'une indulgence plus grande au point de vue soit des faits qui entraînent sa responsabilité, soit du montant des dommages-intérêts (2).

594. Il résulte de la distinction faite par la loi que si le mandat est salarié, les juges qui reconnaissent la faute du mandataire peuvent le condamner à l'entière réparation du préjudice et que si le mandat est gratuit, ils peuvent se contenter d'une réparation partielle.

Mais rien n'empêche qu'ils ne condamnent le mandataire gratuit à la réparation totale.

De même, si deux mandataires, l'un gratuit et l'autre salarié, ont été constitués, ils peuvent être condamnés à réparer le préjudice dans une proportion égale (3).

595. Le mandataire est responsable de ses fautes consistant dans une omission aussi bien que de celles qui consistent dans un fait actif (4). Tel est le retard dans un recouvrement (5).

Le mandataire est d'autre part responsable d'une erreur de droit, préjudiciable au mandant, mais seulement si la question de droit mal tranchée par le mandataire n'est pas douteuse (6).

(1) Cass. req., 21 janv. 1890, S., 90. 1. 408, D., 91. 1. 380.

(2) Cass., 2 janv. 1832, S., 32. 1. 319. — Cass., 28 nov. 1876, S., 77. 1. 218, D., 77. 1. 65. — Aix, 23 avril 1813, S. chr. — Paris, 26 nov. 1846, S. chr. — Dijon, 17 avril 1873, S., 74. 2. 112, D., 75. 2. 167. — Pont, I, n. 990, 991 et 997; Aubry et Rau, IV, p. 643, § 412, note 1 ; Laurent, XXVII, n. 475 et 481 ; Guillouard, n. 103.

(3) Cass. req., 2 mars 1891, S., 95. 1. 493.

(4) Pothier, n. 47 ; Guillouard, n. 104.

(5) Cass. req., 10 juil. 1902, S., 1905. 1.87.

(6) Chambéry, 20 juin 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 2. 182. — V. *infra*, n. 624.

506. En principe le mandataire n'est pas tenu des cas fortuits; c'est un principe général que les débiteurs ne répondent pas des cas fortuits (1).

Ainsi le mandataire chargé d'expédier des marchandises n'est pas tenu des dommages arrivés à ces marchandises par cas fortuit.

On cite parmi les cas fortuits : la guerre (2),

l'intempérie (3),

la perte par la faute d'un tiers des objets confiés au mandataire (4),

le défaut de remise par un tiers des objets que le mandataire devait livrer au mandant (5).

Le défaut de consentement du tiers avec lequel le mandataire devait se mettre en relations est un cas fortuit (6).

Il en est de même de l'insolvabilité des débiteurs que le mandataire était chargé de poursuivre (7). Le mandataire devra prouver cette insolvabilité. Mais si le mandant soutient que cette insolvabilité n'existait pas au moment où a été conféré le mandat et n'a eu le temps de se produire qu'à raison de la négligence du mandataire, c'est un point que le mandant devra établir (8).

507. Toutefois si un cas fortuit se produit pendant l'exécution défectueuse du mandat, le mandataire en est responsable (arg. art. 1302) (9).

Mais il en est autrement s'il prouve que ce cas fortuit se serait également manifesté dans le cas où le mandat aurait été convenablement exécuté (arg. même art.) (10).

(1) Guillouard, n. 109.

(2) Guillouard, n. 109.

(3) Guillouard, n. 109

(4) Ainsi un avoué ne doit aucuns dommages-intérêts pour le défaut de restitution d'un dossier qu'il a dû déposer au greffe et qui, pendant ce dépôt, s'est égaré. — Angers, 9 janv. 1894, S., 95. 2. 14, D.,94. 2. 353.

(5) Cass. req., 2 juill. 1900, S., 1901. 1. 445, D., 1902. 1. 189.

(6) Guillouard, n. 109.

(7) Paris, 9 fév. 1893; *Gaz. Pal.*, 93. 1, 2e p., 46.

(8) Paris, 9 fév. 1893, précité.

(9) Rouen, 8 déc. 1856, S., 57. 2. 307, D., 57. 2. 96 (perte des marchandises par le naufrage du bâtiment à vapeur par lequel elles étaient transportées, alors que le mandat parlait d'un bateau à voiles). — Guillouard. n. 73 (*Ibid.*).

(10) Les autorités précitées ne mentionnent pas cette restriction.

598. Le mandataire n'encourt évidemment aucune responsabilité au cas où l'affaire manque par suite d'une faute du mandant (1).

Le mandataire n'est donc pas responsable de l'exécution défectueuse du mandat causée par le caractère incomplet des ordres qu'il a reçus (2).

Il en est de même si le mandant n'a pas remis au mandataire les fonds nécessaires (3).

599. Le mandataire qui a accompli son mandat doit en prévenir immédiatement le mandant (4) ; il est responsable des frais faits par le mandant qui, non prévenu, a tenté de faire lui-même l'affaire (5).

600. Le mandataire qui, par des fautes commises, a obligé le mandant à payer des dommages-intérêts à des tiers, lui en doit réparation (6).

601. Le mandataire est responsable du retard qu'il a apporté dans l'exécution du mandat (7), en dehors du cas fortuit (8).

Cette solution a été appliquée à l'agent de change et aux personnes chargées de vendre et d'acheter des titres (9).

(1) Cass. civ., 10 mai 1893, D., 94. 1. 259 (par exemple une personne, désireuse de garder l'anonyme, en charge une autre de remettre une somme à un tiers, avec la clause que si l'usage auquel cette somme est destinée vient à cesser, elle sera rendue; le mandataire n'est pas responsable du refus de remboursement provenant de ce que le mandant a oublié de s'assurer la preuve de sa qualité de donateur).

(2) Riom, 18 déc. 1894, *Rec. Riom*, 95. 77 (le mandataire n'est pas responsable de l'inexactitude d'une déclaration faite à la douane si le mandant ne lui a pas envoyé à temps les indications précises qu'il demandait). — Guillouard, n. 109.

(3) Guillouard, n. 109.

(4) Trib. com. Nantes, 30 oct. 1889, *Rec. Nantes*, 89. 1. 345 (achat de valeurs de bourse).

(5) Cass. civ., 30 oct. 1893, S., 94. 1. 326 (impl.) (frais d'un second procès engagé pour le recouvrement d'une somme que le mandataire avait touchée).

(6) Trib. com. Seine, 29 déc. 1890, *Journ. trib. comm.*, 92. 165.

(7) Cass., 19 déc. 1853, S., 54. 1. 701. D., 54. 1. 26. — Douai, 17 janv. 1848, S., 49. 2. 468, D., 49. 2. 201. — Pont, I, n. 995 ; Guillouard, n. 105.

(8) V. *supra*, n. 596.

(9) Paris, 26 avril 1890, *Gaz. Trib.*, 12 sept. 1890. — Paris, 21 juill. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 67. — Trib. com. Nantes, 30 oct. 1889, *Rec. Nantes*, 89. 1. 345. — Trib. civ. Lyon, 10 fév. 1892, *Rec. soc.*, 94. 1. 360 (retard dans la livraison des titres qui, dans l'intervalle, ont subi une dépréciation ou ont été soumis à un appel de fonds).

De même le mandataire chargé de recouvrer les créances est responsable d'avoir laissé la prescription s'accomplir (1), ou de n'avoir pas à temps réalisé le gage (2).

De même encore l'établissement de crédit chargé de toucher des coupons est responsable pour avoir laissé le débiteur tomber en faillite (3).

De même enfin le mandataire chargé de la vente d'une rente sur l'Etat est responsable de ne pas avoir demandé le payement à l'agent de change dans les trois jours du transfert, fixés par les règlements (4).

602. Le mandataire peut, sans nuire à ses obligations envers le mandant, recevoir un salaire du cocontractant de ce dernier; par exemple le mandataire chargé de vendre peut recevoir un salaire de l'acheteur (5),ou le mandataire chargé de placer des fonds, de l'emprunteur; peu importe d'ailleurs qu'il soit également mandataire ou non de ce dernier pour acheter ou emprunter.

Mais il faut qu'il ne sacrifie pas les intérêts de son mandant (6).

603. En principe, le mandataire chargé d'acheter des marchandises n'est pas responsable de leurs vices. Cela a été décidé pour le commissionnaire (7).

Mais il en est autrement des vices apparents ; il en est aussi autrement, comme nous le montrerons, des vices cachés, mais qu'un examen attentif eût fait apparaître (8) ; car le mandataire est en faute de ne pas les avoir connus.

(1) Pothier, n. 47 ; Guillouard, n. 104.

(2) Pothier, n. 47; Guillouard, n. 104.

(3) Trib. civ. Versailles, 20 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 440 (à supposer même que le mandat soit gratuit). — Trib. paix La Fère en Tardenois, 9 janv. 1890, *Loi*, 11 janv. 1890.

(4) Paris, 22 avril 1824, S. chr. — Guillouard, n. 104.

(5) Lyon, 9 août 1843, S., 44. 2. 346. — Laurent, XXVIII, n. 24; Guillouard, n. 169 (v. cep. n. 106).

(6) Guillouard, n. 169.

(7) Rouen, 20 avril 1858, D., 59. 2. 133. — Toulouse, 5 juill. 1866, D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Commissionnaire*, n. 20. — Boistel, *Précis de dr. comm.*, n. 520 ; Ruben de Couder, v° *Commissionnaire*, n. 221. — *Contra* Rouen, 18 mai 1866, D., 67. 2. 34. — Colmar, 22 nov. 1866, D., 67. 2. 34. — Trib. com. Le Havre, 29 mai 1888, *Rec. Le Havre*, 88. 1. 122.

(8) Ainsi décidé pour le commissionnaire. Rouen, 20 avril 1858, précité. —

De même le mandataire est responsable pour n'avoir pas pris contre la perte ou la détérioration les précautions habituelles (1), par exemple pour n'avoir pas fait assurer des marchandises transportées par mer (2), ou recommander ou assurer des valeurs envoyées par la poste (3).

Cependant cette responsabilité disparaît si le mandataire prouve qu'il a agi conformément aux habitudes du mandant ou à sa volonté expresse ou tacite (4).

Le mandataire chargé de recevoir des marchandises est responsable de ne pas en avoir vérifié l'état (5).

Le mandataire chargé de déposer un objet entre les mains d'un tiers, n'est pas responsable de la perte arrivée chez le dépositaire (6).

604. Le mandataire chargé de vendre ou louer une maison et de trouver un acquéreur ou un preneur n'est pas, en principe, responsable de la solvabilité de ce dernier (7).

Il en est de même pour le mandataire chargé de placer des fonds (8).

De même encore le commissionnaire ou mandataire chargé de placer des marchandises et de trouver un acquéreur n'est pas responsable de la solvabilité de l'acheteur (9).

Cependant il en est autrement s'il a donné sur l'acheteur

Toulouse, 5 juill. 1866, précité. — Paris, 13 juin 1892, D., 93. 2. 470. — Boistel, *loc. cit.* ; Ruben de Couder, *loc. cit.* — V. *infra*, n. 607.

(1) Laurent, XXVII, n. 479 ; Guillouard, n. 105.

(2-3) Guillouard, n. 105.

(4) Cass., 10 août 1870, S., 72. 1. 229, D., 71. 1. 332. — Paris, 11 août 1842, D. *Rép.*, v° *Mandat*, n. 226-2°. — Paris, 18 mai 1850, S., 50. 2. 397, D., 50. 2. 153. — Dijon, 17 avril 1873, S., 74. 2 112, D., 75. 2. 167. — Laurent, XXVII, n. 479 ; Guillouard, n. 105.

(5) Rouen, 28 avril 1858, D., 59. 2. 133. — Guillouard, n. 104.

(6) Angers, 9 janv. 1894, S., 95. 2. 14, D., 94. 2. 353 (l'avoué chargé de déposer un dossier au greffe n'est pas responsable de la perte arrivée au greffe). — V. *supra*, n. 596.

(7) *Contra* Trib. civ. Marseille, 15 fév. 1889, *Rec. d'Aix*, 90. 2. 40. — Trib. civ. Le Havre, 25 août 1890, *Rec. du Havre*, 90. 1. 216. — Trib. com. Nantes, 4 oct. et 8 nov. 1890, *Rec. de Nantes*, 90. 1. 351. — Trib. civ. Montpellier, 7 déc. 1894, *Man. jud. Midi*, 6 janv. 1895.

(8) Montpellier, 21 déc. 1889, *Pand. franç.*, 90. 2. 250.

(9) Montpellier, 6 fév. 1893, S., 94. 2. 208, D., 94. 2. 212 (motifs). — Trib. com. Seine, 15 fév. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 384.

de faux renseignements sur la foi desquels le marché a été passé (1).

Il en est autrement aussi en cas de convention contraire. Et cette convention peut être tacite; elle résultera, par exemple, du taux élevé fixé pour le salaire (2).

Il faut ajouter que le mandataire peut encourir une responsabilité s'il lui a été facile de connaître l'insolvabilité de l'acquéreur ou de l'emprunteur (3), ou s'il a accepté en garantie des titres ou des immeubles dont il connaissait le peu de valeur (4).

605. Le mandataire chargé de placer des fonds est responsable, s'il les emploie à payer le créancier hypothécaire d'un tiers, de ne pas avoir stipulé la subrogation à l'hypothèque (5).

606. Le mandataire n'est jamais responsable pour avoir sauvé sa chose propre, alors qu'il pouvait, en la sacrifiant, sauver celle du mandant (6). On ne peut lui appliquer l'article 1882 du Code civil, qui est spécial à l'emprunteur à usage; ce texte, qui se justifie par l'idée que le prêteur reçoit un service gratuit, n'a pas d'application au préjudice d'une personne qui, comme le mandataire et comme aussi le dépositaire, rend un service gratuit.

Il ne faut même pas admettre les exceptions que font certains auteurs, soit pour le cas de mandat salarié (7), soit pour le cas où la chose du mandataire était inférieure en valeur à celle du mandant (8).

607. Le mandataire n'est pas responsable des vices de la chose achetée par lui pour le compte du mandant, si le mandat portait sur l'achat de cette chose même, car le manda-

(1) Trib. com. Seine, 15 fév. 1894, précité.

(2) Montpellier, 6 fév. 1893, précité (1 p. 100).

(3) C. supr. Suède, 27 janv. 1886, *Journ. dr. int.*, XIV, 1887, p. 760. — On peut, par exemple, lui réduire son salaire. Montpellier, 6 fév. 1893, S., 94. 2. 208, D., 94. 2. 212.

(4) Montpellier, 21 déc. 1889, *Pand. franç.*, 90. 2. 250.

(5) Cass., 27 oct. 1891, S., 92. 1. 559. — Guillouard, n. 104.

(6) Guillouard, n. 107.

(7) Pont, i, n. 998.

(8) Troplong, n. 499.

taire s'est conformé aux ordres qu'il a reçus. Mais si le mandat portait sur une chose de genre, le mandataire, qui n'était pas tenu d'acheter la chose même qu'il a livrée, est responsable des vices de la chose, s'il a pu les connaître. Ainsi l'agent de change, chargé d'acheter des titres, qui livre à son mandant des titres frappés d'opposition (1) ou des titres sortis à des tirages antérieurs (2), doit les remplacer.

608. Si le mandataire a contracté en son propre nom, il doit subroger le mandant à ses droits (3), comme le disait Pothier (4).

609. Le mandataire commet une faute, s'il revend les choses qu'il était chargé d'acheter.

Toutefois, s'il offre au mandant des marchandises identiques (par exemple des valeurs de bourse de la même espèce), et que ce dernier les accepte, il ne doit aucuns dommages-intérêts, car le mandant n'a souffert aucun préjudice.

Mais le mandant peut refuser d'accepter les marchandises d entiques (5).

610. Le mandataire commet-il une faute en envoyant au mandant les fonds qui lui appartiennent par lettre simple ou par lettre recommandée, au lieu de les envoyer par lettre chargée et est-il, en cas de perte, tenu de verser au mandant une seconde fois ces fonds ou la différence entre leur montant et l'indemnité allouée par la poste? A moins d'un usage contraire entre les parties (6), nous croyons à l'affirmative (7). En vain le mandataire dirait-il qu'il a voulu éviter des frais spéciaux au mandant.

611. L'agent de change chargé de vendre un titre n'est

(1) Paris, 2 janv. 1890, D., 92. 2. 257. — V. *supra* n. 603.

(2) Paris, 19 juill. 1890, D., 92. 2. 257.

(3) Laurent, XXVIII, n. 61 et 62 ; Guillouard, n. 192 *bis*.

(4) N. 60.

(5) Trib. sup. Berlin, 24 juin 1875, *Arch. f. Rechtsfaelle*, 3e sér., 2e année, II, p. 88, *Anal. Journ. dr. int.*, IV, 1877, p. 238.

(6) Trib. civ. Seine, 20 fév. 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 359 (agent de change).

(7) Trib. civ Seine, 20 fév. 1895, précité (une lettre recommandée suffirait à moins d'instructions spéciales). — Décidé de même qu'un notaire chargé de transmettre une sommation de produire ne peut le faire sous une enveloppe non cachetée. — Trib. civ. Castres, 26 déc. 1888, *Gaz. Trib. Midi*, 5 mai 1889.

pas tenu de vérifier si ce titre a été amorti (1), en l'absence d'un mandat formel à cet effet (2). Il n'est pas tenu davantage de vérifier si le titre était sorti (3).

En matière d'aliénation de valeurs mobilières moyennant remploi, sous le régime dotal, l'agent de change encourt une responsabilité dont nous n'avons pas à nous occuper.

612. Le banquier n'est pas responsable d'un placement quand il n'a pas conseillé la souscription de son client et s'est contenté de la transmettre (4).

Mais le banquier chargé d'acheter une obligation à lots en vue d'un tirage prochain est passible de dommages-intérêts, si, avant le tirage, il ne livre pas le titre ou, du moins, n'en indique pas le numéro à son mandant (5).

Le banquier, mandataire d'une société pour le placement de titres, est responsable du préjudice causé aux tiers par ses affirmations mensongères (6), mais en dehors de ce cas il n'est pas responsable (7).

Le mandataire est en faute si sur les ordres du mandant il dispose de fonds ou valeurs qu'il sait appartenir à des tiers (8).

613. L'administrateur d'une société est responsable envers

(1) Trib. com. Seine, 15 oct. 1887, *Ann. dr. comm.*, 88. 40. — Crépon, *De la négoc. des eff. publics*, n. 163; Fauchille, *Ann. dr. comm.*, II, 1888, *Jurispr.*, p. 41. — *Contra* Trib. civ. Caen, 26 déc. 1888, *Ann. dr. comm.*, III, 1889, *Jurispr.*, p. 73 (ce jugement va jusqu'à décider que l'agent de change du vendeur, obligé de livrer un autre titre à l'acheteur, en raison de ce que le titre livré était sorti, n'a pas de recours contre son client).

(2) Trib. com. Seine, 15 oct. 1886, précité. — Crépon, *loc. cit.* ; Fauchille, *loc. cit.*

(3) *Contra*, Trib, civ. Bruxelles, 8 janv. 1895, *Pasicr.*, 95. 3. 50.

(4) Dijon 12 avril 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 638.

(5) Trib. paix Périgueux, 16 janv. 1894, *Rec. Bordeaux*, 94. 3. 26.

(6) Cass., 14 août 1878, S., 78. 1. 345. — Cass. civ., 18 mars 1891 (1er arrêt), S., 94. 1. 70 (banquier qui a pris une part directe à la rédaction de prospectus mensongers). — Cass. req., 6 fév. 1893, S. 96. 1. 114, D. 93. 1. 263 (quatre arrêts) (le banquier est responsable du préjudice causé aux porteurs d'actions par la nullité d'une société pour défaut de versement du quart sur les actions s'il a affirmé que ce quart était versé). — Paris, 22 mars 1877, S., 79. 2. 135. — Paris, 12 août 1879, S. 79. 2. 235.

(7) Trib. com. Seine, 6 juill. 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 208.

(8) Angers, 9 avril 1892, D., 93. 2. 50.

les tiers que ses agissements ont décidé à souscrire aux titres d'une société [1] (L. 24 juill. 1867, art. 44).

Mais en admettant qu'une société soit, à raison d'une faute présumée, dans l'impossibilité de réclamer les intérêts payés à un porteur de titres, après l'amortissement [2], cette même responsabilité n'incombe pas au banquier, mandataire de la société pour le payement des intérêts et des obligations [3].

614. Il en serait autrement d'un banquier qui serait concessionnaire de l'emprunt [4].

615. Le mandataire n'est pas responsable du préjudice causé au mandant par l'exécution du mandat [5].

616. Le mandataire commet un dol en tirant du mandat un profit personnel [6], par exemple en obtenant du mandant, par ses réticences, la chose qu'il est chargé d'administrer à un prix inférieur à sa valeur [7].

617. Le mandataire est responsable pour avoir excédé son mandat [8], mais seulement si le mandant a été obligé vis-à-vis des tiers par l'acte excessif du mandataire, ou, plus généralement, si les actes accomplis à tort par le mandataire sont valables. Ainsi le mandataire ne peut faire emploi des fonds qui devaient être remis au mandant sans encourir une responsabilité.

Toutefois le mandataire peut changer le mode d'exécution sans prendre l'avis du mandant, si ce changement est indispensable et si on doit supposer que le mandant l'aurait permis [9].

(1) Cass. civ., 18 mars 1891 (2e arrêt), S., 94. 1. 70 (cet arrêt décide même que l'administrateur est responsable des énonciations mensongères du prospectus à la rédaction duquel il n'a pas participé et qui ne contient pas son nom, s'il a connu ce prospectus et a gardé le silence).

(2) V. notre *Tr. de la soc., du prêt, du dépôt*, 2e éd., n. 925 s.

(3) Nancy, 28 oct. 1890, S., 91.2.11. — *Contra* Trib. civ. Nantes, 7 fév. 1883, sous Cass. civ., 13 mai 1889, S., 91. 1. 17.

(4) Rennes, 16 nov. 1885, sous Cass. civ., 13 mai 1889, précité.

(5) Ainsi l'avoué n'est pas responsable de la perte des pièces qu'il a été obligé de déposer au greffe. — V. *supra*, n. 596.

(6) Guillouard, n. 106.

(7) Guillouard, n. 106.

(8) Argou, II, p. 351, liv. III, ch. XXVII.

(9) Guillouard, n. 202.

618. La jurisprudence française admet généralement que le mandataire chargé de trouver au mandant un cocontractant, par exemple un vendeur ou un acheteur, ne peut prendre l'opération pour son propre compte, c'est-à-dire se constituer contre-partie [1]; c'est surtout à propos des opérations de bourse confiées à un banquier ou à un coulissier, que cette solution a été donnée.

Elle est, à notre avis, inexacte [2]. Le but du mandant est

[1] Cass. req., 22 mai 1900 (impl.), D., 1900. 1. 296. — Cass. req., 29 avril 1902 (impl.), D., 1902. 1. 316. — Cass. civ., 6 mai 1902, S., 1903. 1. 220. — Cass. req., 28 oct. 1902, S., 1903. 1. 316. — Cass. req., 28 oct. 1903, S., 1904. 1. 436, D., 1904. 1. 88. — Cass. req., 28 mars 1904, S., 1904. 1. 456, D., 1905. 1. 65. — Toulouse, 27 nov. 1869, S., 70. 2. 237. — Rouen, 22 avril 1872, D., 73. 5. 99. — Rouen, 25 mars 1873, S., 73. 2. 245. — Paris, 21 déc. 1895, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 277. — Paris, 17 mars 1896, S., 98. 2. 121. — Paris, 29 janv. 1897 (2e arrêt), S., 98. 2. 121. — Grenoble, 1er juin 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 567. — Angers, 16 juin 1899, sous Cass., 22 mai 1900, S., 1903. 1. 211. — Paris, 16 juin 1900, sous Cass., 29 avril 1901, S., 1903. 1. 209. — Paris, 19 janv. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 746. — Paris, 22 et 28 mars 1901, S., 1903. 2. 129. — Douai, 30 juin 1901, S., 1903. 2. 279. — Rennes, 5 mai 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 42. — Douai, 13 juin 1902, *Rec. Havre*, 1902. 2. 286. — Lyon, 27 juin 1902, *Gaz. com. Lyon*, 30 oct. 1902. — Rouen, 26 janv. 1904, S., 1905. 2. 110. — Paris, 6 déc. 1904, 22 mars et 3 mai 1905, D., 1906. 2. 17. — Trib. com. Havre, 12 juill. 1892, *Rec. Havre*, 92. 1. 15. — Trib. com. Seine, 24 déc. 1896, D., 99. 2. 297. — Trib. com. Seine, 29 avril 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 145. — Trib. com. Seine, 22 mai 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 149. — Trib. com. Seine, 4 juin 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 2. 151. — Trib. com. Seine, 6 janv. 1898, *Droit*, 28 fév. 1898. — Trib. com. Seine. 12 mars 1898, *Droit*, 20 avril 1898. — Trib. com. Seine, 30 juin et 3 nov. 1898, D., 99. 2. 267. — Trib. com. Seine, 6 janv. 1898, *Gaz. Pal.*, 98. 1. 334. — Trib. com. Seine, 12 janv. 1898, *Journ. trib. comm.*, 1900. 18. — Trib. com. Seine, 17 juin 1899, *Droit*, 16 juill. 1899. — Trib. com. Seine, 29 nov. 1899, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 426. — Trib. com. Seine, 3 mars 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 673. — Trib. com. Seine, 10 mars 1900, *Loi*, 1er avril 1900. — Trib. com. Seine, 18 avril 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 213. — Trib. com. Seine, 12 mai 1900, *Gaz. Pal.*, 1900. 2. 188. — Trib. com. Seine, 12 déc. 1900, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 362. — Trib. civ. Seine, 9 janv. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 390. — Trib. com. Seine, 12 nov. 1902, S., 1903. 2. 145. — Trib. com. Havre, 19 mars 1901, *Rec. Havre* 1901. 1. 375. — Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, III, n. 457 ; Ruben de Couder, *Dict. de dr. com.*, v° *Commissionnaire*, n. 225 ; Guillouard, n. 106 ; Lacour, *Notes*, D., 99. 1. 297 et D., 1905. 1. 65 ; Thaller, n. 997 et 1126 ; Guilmard, *Vente directe des valeurs de bourse*, p. 1 s.

[2] Trib. sup. Colmar, 27 mars 1896, S., 98. 4. 9 (par interprétation du droit français). — Alauzet, *Comment. du C. com.*, III, n. 1060 ; Boistel, *Précis de dr. com.*, n. 622; Wahl, *Notes*, S., 98. 2. 121, n. I, s. et S., 1903. 1. 209. § 1er; A. Dreyfus, *Ann. dr. com.*, 1898, p. 291 et *Du contrat direct*, p. 1 s. ; Morel, *Du commissionnaire contre-partiste*, 1904.

de trouver un acheteur, un vendeur, un prêteur, et peu lui importe que son cocontractant soit le mandataire lui-même ou un tiers. Il est clair que celui qui veut acheter des rentes sur l'État ou un livre rare s'inquiétera peu que le banquier ou le libraire auquel il s'adresse tire les objets demandés de son fonds ou les obtienne d'un tiers.

Il est vrai que l'évocation de l'idée de mandat fait apparaître à l'esprit un tiers, outre le mandant et le mandataire; mais ceci n'a rien d'essentiel; d'après la définition de l'article 1984, il suffit que le mandataire soit chargé de faire quelque chose pour le mandant. Si le mandataire devient contre-partie, un nouveau contrat se forme qui fera naître de nouvelles relations juridiques entre les parties ; si plusieurs textes supposent que le mandataire met le mandant en rapport avec un tiers (C. civ., 1993, 1997, 2005), ils ne disent pas que ce soit là une condition essentielle du contrat. En un mot, le mandat est un contrat d'attente qui sera suivi d'une convention définitive entre le mandant et un sujet désigné par le mandataire, sujet qui peut fort bien être le mandataire lui-même.

On nous répond qu'il est inconcevable que le client traite avec le commissionnaire sans avoir conscience de la nature du contrat qu'il passe, et laisse à l'intermédiaire le soin de fixer cette nature [1]. L'objection est inattendue ! Il n'est guère d'usage qu'un donneur d'ordre s'interroge longuement sur les caractères juridiques de l'opération qu'il conclut ; il achète ou vend des valeurs, et, ne pouvant lui-même trouver un vendeur ou un acheteur, il s'adresse à un intermédiaire, voilà tout.

On dit que si le Code de commerce n'a pas expressément défendu aux commissionnaires de se porter contrepartistes, c'est qu'ils n'avaient pas prévu que le contrat de commission pût avoir pour objet des marchandises non consignées ou des valeurs de bourse [2]. Cette sorte d'arguments ne sert qu'à montrer la faiblesse de la doctrine qui les invoque ;

[1] Lacour, *Note*, D., 1905. 1. 67.
[2] Lacour *Note*, D., 1905. 1. 66.

car ils impliquent l'aveu que, sous l'empire du Code de commerce, le commissionnaire pouvait se constituer contre-partiste ; comment ne le pourrait-il plus aujourd'hui, les textes n'ayant pas été modifiés ?

Il est puéril d'objecter que si le client avait voulu permettre au commissionnaire de se constituer contre-partiste, il lui aurait proposé de faire l'opération directement avec lui [1]. Ceci supposerait que le client entend faire cette opération directe. Lorsqu'il lui est indifférent de conclure l'opération avec le commissionnaire plutôt qu'avec un tiers, son silence même montre son intention.

L'exactitude de notre opinion est démontrée par l'article 1596 du Code civil, qui, en défendant aux mandataires de se rendre adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre, se donne comme une exception à l'article 1594 du Code civil, lequel permet à toutes personnes d'acheter. Aussi la jurisprudence reconnaît-elle sans difficulté que le mandataire peut acheter à l'amiable les biens qu'il est chargé de vendre, et cependant, comme il se constitue bien contre-partie, cette solution se concilie mal avec la solution plus générale que nous critiquons dans la jurisprudence.

Nous invoquons aussi l'article de la loi du 18 juillet 1866, qui défend au courtier inscrit de marchandises de se charger d'une opération dans laquelle il a un intérêt personnel et paraît ainsi reconnaître aux autres intermédiaires le droit de se constituer contre-partie. L'argument est d'autant plus puissant que ce texte même ne paraît pas annuler l'opération qu'il vise, et la sanctionne tout autrement.

On objecte que l'intérêt du mandant est alors à la discrétion du mandataire, qui fixera à son gré les conditions du contrat. Mais cette objection est dépourvue de toute valeur soit si les conditions sont fixées d'avance par le mandant, soit s'il s'agit de marchandises ou de valeurs soumises à un cours régulièrement constaté. Pour les autres objets mêmes, l'objection n'a pas de valeur. Le mandant peut, en effet, si les conditions sont trop onéreuses, obtenir, par ap-

[1] Lacour *Note*, D., 1905. 1. 66.

plication de l'article 1992, des dommages-intérêts, qui pourront lui être alloués sous la forme d'une modification dans les conditions du contrat. Sans doute, cela nécessitera des débats ; mais il n'en est pas autrement si le mandataire accepte des tiers des stipulations que le mandant regarde comme préjudiciables à ses intérêts.

On dit aussi que le devoir du mandataire est d'oublier ses intérêts pour ceux du mandant ; mais, si le mandataire ne peut faire un bénéfice au préjudice du mandant, quel inconvénient y a-t-il à ce que, sans aucun dommage pour ce dernier, il tire profit du mandat? En tout cas tout le monde convient que les fautes du mandataire n'entraînent à sa charge aucune responsabilité si le mandataire n'en souffre pas de dommage, et c'est ici le cas.

Au contraire, le mandataire, en se constituant contre-partie, procure souvent un profit au mandant ; peut-être lui consent-il des avantages qu'il n'obtiendrait pas d'un tiers; peut-être lui évite-t-il les frais qu'exigerait la recherche d'un tiers ; peut-être aussi l'ordre d'achat ou de vente, opéré sur le marché, ferait-il hausser ou baisser les titres au préjudice du mandant.

618 *bis*. Notre solution était, du reste, reconnue dans l'ancien droit [1]. On répond que le préjudice qui peut résulter de la latitude laissée au commissionnaire n'avait pas encore été aperçu. La réponse est sans valeur : les précédents, en tout cas, montrent que le droit pour le commissionnaire de se porter contre-partiste était autrefois considéré comme ne heurtant aucun principe juridique et les textes ne montrent pas que ces principes se soient modifiés.

Enfin la solution de la jurisprudence est opposée aux dispositions de la plupart des codes étrangers, qui, du moins pour les marchandises ou valeurs cotées à la bourse ou au marché, permettent au mandant de se constituer contre-partie [2].

[1] Savary, *Parfait négociant*, II, p. 240 ; Casaregis, *Discursus legales de commercio*, disc., 120, n. 34.

[2] C. com. allemand (ancien), art. 376 et loi allemande sur les bourses du 24 juin 1896, art. 71. — C. com. italien, art. 386. — C. com. roumain, art. 411.

Mais les relations entre les parties n'en seront pas moins censées provenir d'un contrat de mandat ; le mandataire ne peut changer sa condition et, pour se dispenser de rendre compte, revendiquer la situation de l'acheteur (1).

619. Par exception on reconnaît que le coulissier ou tout autre intermédiaire chargé de trouver des fonds pour faire reporter son client, peut se constituer avec ses propres fonds reporteur de ce dernier (2). Cette solution ne paraît pas justifiée, dès lors qu'en principe on refuse à l'intermédiaire le droit de se constituer contre-partie (3). En effet tous les arguments invoqués en faveur de cette dernière solution ont ici toute leur valeur, et notamment celui qu'on tire de l'article 1596 du Code civil, puisque le report est un achat mélangé de revente.

On objecte à tort qu'il n'y a pas opposition à intérêts entre le reporteur et le reporté, car il n'y a pas non plus, tout au moins pour les marchandises et valeurs cotées, opposition d'intérêts entre le mandant et le mandataire chargé de vendre ou d'acheter.

On objecte encore que, dans l'usage, le commissionnaire, et notamment le coulissier, reporte avec ses propres fonds son client. Mais cet usage ne prouve pas que le mandant ait implicitement autorisé le commissionnaire à agir ainsi ; les usages suivis par le commissionnaire, sans que le commettant puisse être présumé avoir consenti à leur application, ne sont pas une convention tacite.

En tout cas cette solution n'est donnée que pour le cas où l'intermédiaire joue le rôle de reporteur ; il ne pour-

— C. féd. suisse, art. 444. — C. com. portugais, art. 274. — V. cep. en sens contraire C. com. espagnol, art. 267. — C. com. chilien, art. 271. — C. com argentin, art. 262 et 263. — On cite en sens contraire la législation anglaise (Lehr. *El. de dr. civ. anglais*, n. 886), ce qui paraît inexact. — Wahl, *Note*, S., 98. 2. 121, n. 4.

(1) Rouen, 5 nov. 1891, *Rec. Rouen*, 92. 1. 18.

(2) Paris, 16 juin 1900, précité. — Paris, 22 mars 1901, précité. — Trib. com. Seine, 12 nov. 1902, précité.

(3) Poitiers, 15 fév. 1897, *Gaz. Pal.*, 97. 1. 563. — Trib. com. Seine, 24 déc. 1896, 30 juin 1897, précités. — Trib. com. Seine, 11 janv. 1902, S., 1903. 2. 115. — Wahl, *Note*, S., 1903. 1. 209, § 2.

rait, si la théorie générale est exacte, jouer le rôle de reporté [1].

620. Dans les circonstances où le droit de se constituer contre-partie est refusé au mandataire, l'opération par laquelle il se constitue contre-partie est nulle [2]. Le mandant peut donc revenir sur l'exécution du marché [3].

Le mandant peut ratifier l'opération dans laquelle le commissionnaire s'est constitué contre-partie [4].

L'exécution du marché constitue une ratification [5], à moins que le commettant n'ait, au moment de l'exécution, ignoré que le commissionnaire s'est constitué contre-partie [6].

620 *bis.* La faculté accordée par le contrat (et même, d'après nous, appartenant de plein droit) au commissionnaire de se constituer contre-partie n'est même pas inconciliable avec la commission *ducroire* [7].

620 *ter.* Si on admet le système de la jurisprudence, c'est au mandataire de prouver qu'il ne s'est pas constitué contre-partie [8].

620 *quater.* Il est en tout cas certain qu'une clause interdisant au mandataire de se constituer contre-partie est valable [9]. Mais l'hypothèse est peu pratique en présence de la jurisprudence qui rend cette clause inutile.

Réciproquement, il n'est pas douteux que le mandant ne puisse donner formellement au mandataire le droit de se

(1) Wahl, *loc. cit.*

(2) Paris, 28 mars 1901, S., 1903. 2. 129.

(3) Paris, 28 mars 1901, précité.

(4) Paris, 28 mars 1901, S., 1903. 2. 129. — Trib. com. Seine, 12 janvier 1898. *Journ. trib. com.*, 1900. 18. — Trib. com. Seine, 10 mars 1900, *Journ. trib. com.*, 1902. 98. — Wahl, *Note*, S., 1903. 2. 129.

(5) V. les décisions citées à la note suivante.

(6) Paris, 28 mars 1901, précité. — Trib. com. Seine, 3 mars 1900, *Journ. trib. com.*, 1902. 87. — Wahl, *Note*, S., 1903. 2. 129.

(7) Wahl, *Note*, S., 1903. 2. 129. — *Contra*, Paris, 28 mars 1901, S., 1903. 2. 129. — Cet arrêt va jusqu'à déclarer qu'un usage ou une convention formelle autorisant le commissionnaire *ducroire* à se constituer contre-partie serait illicite. Cela est inacceptable. — Wahl, *loc. cit.*

(8) Paris, 29 janv. 1897 (2e arrêt, S., 98.2.121. — Paris, 28 mars 1901 (impl.), S., 1903. 2. 129. — Wahl, *Notes*, S., 98. 2. 121 et S., 1903. 2. 129.

(9) Wahl, *Note*, S., 98. 2. 121, n. 1.

constituer contre-partie ([1]). On objecterait à tort que le mandataire est ainsi dégagé d'une de ses obligations essentielles, la reddition de compte; sans doute, cette obligation est essentielle, mais le mandataire qui devient contre-partie cesse d'être mandataire. Notre solution résulte au surplus de l'article 7 de la loi du 18 juillet 1866, qui frappe de peines correctionnelles et disciplinaires le courtier de marchandises qui se charge d'une opération de courtage dans une affaire *où il a un intérêt personnel sans en prévenir les parties*. On peut invoquer dans le même sens la jurisprudence qui, par dérogation à l'article 76 du Code de commerce, valide les ventes directes entre le courtier et son client. Dans ce cas, suivant le rôle que prendra le mandataire, le contrat passé avec lui gardera son caractère de mandat ou deviendra une convention liant directement le mandant et le mandataire l'un vis-à-vis de l'autre ([2]).

Il peut même être convenu que le mandataire *sera* la contre-partie du mandant; dans ce cas le prétendu mandat n'a jamais existé, il déguise une convention directe entre le mandant et le mandataire ([3]).

Le mandataire pourra-t-il, dans le second de ces trois cas, réclamer alors le salaire convenu ? Non, à défaut d'une clause formelle, car le salaire exige une stipulation, et la stipulation, par hypothèse, ne concerne que le cas où le mandataire accomplit son mandat ([4]).

Mais s'il s'agit d'un commissionnaire, le salaire est de plein droit, comme dans tous les contrats de commission ([5]). Tel

([1]) Cass. req., 29 avril 1902, S., 1903.1.209. — Cass. req., 28 oct. 1903, précité. — Cass. req., 28 mars 1904, précité. — Cass. req., 22 mai 1905, D., 1906.1.33. — Paris, 30 mai 1895, sous Cass., 31 mai 1897, S., 98. 1. 497. — Paris, 17 mars 1896, S., 98. 2. 121. — Douai, 13 juin 1902, *Rec. Havre*, 1902. 2. 286. — Rouen, 26 janv. 1904, S., 1905. 2. 110. — Paris, 11 nov. 1905, D., 1906. 2. 17. — Trib. com. Seine, 20 août 1902, *Gaz. Trib.*, 16 oct. 1902. — Trib. com. Seine, 6 janv. 1900, *Gaz. Trib.*, 4 fév. 1900. — Wahl, *Notes*, S., 98. 2. 121, n. 2, S., 98. 1. 497, § 2, et S., 1903. 2. 129 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, III, n. 757 ; Pardessus, *Dr. com.*, II, n. 570.

([2-3]) Wahl, *Note*, S., 98. 2. 121.

([4]) Wahl, *Note*, S., 98. 1. 121.

([5]) Cass. req., 22 mai 1905, précité. — Paris, 17 mars 1896, S., 98. 2. 121. —

est l'usage, qui, d'ailleurs, se justifie facilement. Si le salaire n'était pas dû, le commettant aurait un profit dans le cas où le commissionnaire serait contre-partie, alors que la question de savoir si le commissionnaire remplit ce rôle doit être pour lui indifférente. Par-dessus tout, dans la commission rentrent les frais généraux du commissionnaire (patente, salaire, location, etc.), qui dépendent de l'importance de ses opérations et non de la question de savoir s'il est ou non contre-partie. Il est donc inutile, pour justifier cette solution, de formuler cette idée paradoxale que le commissionnaire en pareil cas reste mandataire (1).

Sur ce point comme sur tout autre, l'usage peut tenir lieu de convention (2).

621. Le droit de se constituer contre-partie n'appartient pas aux agents de change, l'article 85 du Code de commerce leur défendant de faire des opérations pour leur propre compte (3).

622. Des difficultés pratiques toutes particulières se sont élevées sur la responsabilité du notaire, que, comme nous l'avons dit, la jurisprudence considère, en certain cas, comme un mandataire (4).

Il est responsable évidemment du préjudice causé aux parties par des irrégularités qu'il a commises dans la rédaction d'un acte ou dans les opérations qu'il était chargé de

Paris, 19 juin 1902, *Loi*, 14 sept. 1902. — Paris, 11 nov. 1905, D., 1906. 2. 17. — Trib. com. Havre, 6 avril et 1er juin 1897, *Rec. Havre*, 97. 1. 173 et 116. — Trib. com. Seine, 17 juin 1899, sous Paris, 28 mars 1901, S., 1903. 2. 129. — Trib. com., Seine, 12 juin 1901, *Gaz. Trib.*, 12 juil. 1901. — Trib. sup. Colmar, 27 mars 1896, S., 98. 4. 9. — Wahl, *Notes*, S., 98. 2. 125 et S., 1903. 1. 209, n. 14. — *Contra* Paris, 16 juin 1900 sous Cass., 29 avril 1902, S., 1903. 1. 209, D., 1902. 1, 316. — Paris, 28 mars 1901, précité. — Boistel, *Précis de dr. com.*, n. 622 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, III, n. 457 ; Domenget, *Du mandat et de la commission*, II, n. 762 ; Bédarride, *Des commissionnaires*, n. 87.

(1) V. cep. Lacour, *Note*, D., 1905. 1. 68. Cet auteur dit tout à fait à tort que nous avons invoqué le même argument.

(2) Paris, 30 mai 1895, précité. — Wahl, *Note*, S., 98. 1. 497, § 2.

(3) Wahl, *Note*, S., 98. 2. 121, n. 3. — Sur la portée et la sanction de cette disposition, v. Trib. com. Seine, 11 janv. et 12 nov. 1902, S., 1903. 2. 145 et la note de M. Wahl.

(4) V. *supra*, n. 384.

faire [1], ou par le concours qu'il a prêté à une fraude [2].

Le notaire, étant notamment mandataire ou gérant d'affaires des parties lorsqu'il leur conseille de faire un acte ou le négocie, est responsable du préjudice que cet acte cause aux parties [3]. Il en est ainsi par exemple pour un placement hypothécaire [4], ou pour un placement accompagné d'un

[1] Cass. req., 10 mai 1898, S., 98. 1. 398 (notaire qui, procédant à un partage, fait des lots égaux sans soulte, en s'abstenant de procéder à la liquidation des droits des parties). — Riom, 23 oct. 1888, D., 89. 2. 279.

[2] Par exemple à celle qui consiste à aliéner des immeubles dotaux. Paris, 30 déc. 1903, D., 1905. 2. 107.

[3] Willems, *Rev. gén.*, 1895, p. 221 ; Demolombe, XXXI, n. 537 et 538 ; Laurent, XX, n. 510 s. ; Cohendy, *Note*, D., 93. 2. 161 ; Eloy, *De la respons. notar.*, II, n 720. — V. cep. Guillouard, n. 24 et 25 (le notaire serait responsable des actes qu'il négocie, mais non de ceux qu'il conseille de faire).

[4] Cass. req., 20 déc. 1882, S., 83. 1. 176, D., 83. 1. 311. — Cass. req., 21 oct. 1885, S., 86. 1. 173. — Cass. req., 28 mai 1888, S., 89. 1. 78. — Cass. civ., 6 janv. 1890, S., 90. 1. 459 (absence de pouvoirs du prétendu mandataire). — Cass. req., 9 juil. 1890, S., 92. 1. 557, D., 91. 1. 381. — Cass. civ., 13 juil. 1891, S., 92. 1. 570, D., 93. 1. 227 (impl.). — Cass. req., 20 oct. 1891 (2 arrêts), S., 92. 1. 585, D., 93. 1. 170 (motifs). — Cass., 2 mai 1892, S., 92. 1. 304. — Cass., 21 juin 1893, S., 93. 1. 339, D., 94. 1. 191. — Cass. req., 17 oct. 1893, S., 94. 1. 32, D., 94. 1. 159 (insuffisance de garanties). — Cass. req., 5 déc. 1893, D., 94. 1. 342 (*id.*) — Cass. req., 9 mai 1894, S., 98. 1. 318, D., 95. 1. 70 (biens n'appartenant pas au constituant). — Cass. req., 3 avr. 1901, S., 1901. 1. 352, D., 1901. 1. 479 (*id.*). — Cass. req., 23 juin 1903, S., 1904. 1. 484, D., 1905. 2. 158. — Grenoble, 20 janv. 1886, *Rec. Grenoble*, 87. 58. — Rouen, 28 mai 1886, S., 89. 2. 78. — Rouen, 22 nov. 1886, S., 87. 2. 6. — Douai, 19 et 24 janv. 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 1. 342. — Bordeaux, 9 fév. 1887, *Rec. Bordeaux*, 87. 1. 209. — Douai, 8 mars 1887, *Pand. franç.*, 87. 2. 295. — Lyon, 13 mars 1888, *Mon. jud. Lyon*, 3 nov. 1888. — Amiens, 5 juil. 1888, *Rec. Amiens*, 88. 153. — Amiens, 27 nov. 1888, *Rec. Amiens*, 88. 214. — Grenoble, 11 juin 1889, *Rec. Grenoble*, 90. 1. 131. — Bordeaux, 8 juil. 1889, *Rec. Bordeaux*, 89. 1. 511. — Poitiers, 11 nov. 1889, S., 90. 2. 192. — Paris, 12 nov. 1889, *Gaz. Pal.*, 90. 1. 509. — Agen, 18 déc. 1889, D., 91. 2. 47. — Agen, 23 déc. 1889, D., 90. 2. 202. — Rouen, 21 janv. 1890, *Rec. Rouen*, 90. 1. 161. — Bordeaux, 12 fév. 1890, D. 91. 2. 97. — Paris, 1er mars 1890, *Gaz. Trib*, 19 juin 1890. — Orléans, 2 juil. 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 386. — Poitiers, 1er déc. 1890, *Rec. Poitiers*, 91. 85. — Bordeaux, 21 janv. 1891, *Rec. Bordeaux*, 91. 1. 162. — Agen, 28 janv. 1891, D., 92. 2. 79. — Chambéry, 8 juil. 1891, *Mon. jud. Lyon*, 19 sept. 1891. — Paris, 3 nov. 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 2. 620. — Rouen, 30 nov. 1891, D., 92. 2. 85 (biens n'appartenant pas au constituant). — Paris, 5 fév. 1892, D., 92. 2. 497. — Douai, 7 mars 1892, *Loi*, 9 août 1892 (immeuble grevé d'inscriptions). — Orléans, 22 juil. 1892, S., 95. 2. 102, D., 94. 2. 452. — Rouen, 16 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1, 2e p., 51. — Lyon, 26 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 131. — Orléans, 9 déc. 1892, S., 95. 2. 102, D., 94. 2. 452. — Dijon, 9 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 2e p., 47 (dissimulation de l'extinction d'un privilège). — Douai, 30 janv. 1893, *Loi*, 21 avril 1893. — Dijon, 15 fév. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 359. — Lyon, 15 fév. 1893, *Gaz.*

nantissement (1), ou de l'engagement d'une caution (2), ou pour un placement simple (3), ou pour une vente (4), ou pour le remploi d'une dot (5), ou pour un cautionnement (6).

Il est également responsable, s'il a été chargé d'examiner l'affaire, des fautes qu'il commet (7).

Il n'est pas responsable des faits postérieurs à l'acte (8), notamment de l'insuffisance de la garantie hypothécaire si cette insuffisance n'existait pas au moment de l'acte (9). Mais

Pal., 93. 2. 119. — Paris, 28 fév. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1, 2e p., 66. — Lyon, 26 oct. 1893, *Loi*, 4 avril 1894. — Rouen, 20 nov. 1893, *Rec. Riom*, 95. 68. — Lyon, 19 janv. 1894, *Mon. jud. Lyon*. 10 avril 1894. — Bordeaux, 9 mai 1894, D., 95. 2. 492. — Lyon, 23 mai 1894, *Mon. jud. Lyon*, 15 sept. 1894. — Riom, 5 nov. 1894. *Rec. Riom.*, 94. 501. — Riom, 20 nov. 1894, *Rec. Riom.*, 95. 64. — Riom, 18 déc. 1894. *Rec. Riom* 95. 68. — Besançon, 31 oct. 1894, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 280. — Paris, 31 janv. 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 397. — Douai, 11 mars 1895, S., 95. 2. 200. — Grenoble, 2 avril 1895, D.. 96. 2. 66. — Lyon, 12 juin 1895, sous Cass., 12 déc. 1898, D., 99. 1. 345. — Angers, 18 mars 1896, S., 97. 2. 158. — Pau, 6 juin 1898, S., 98. 2. 300. — Amiens, 25 janv. 1899, S., 1900. 2. 199. — Caen, 1er fév. 1899, *Rec. Caen*, 99. 69. — Alger, 26 oct. 1899, *Journ. Trib. algér.*, 20 mars 1900. — Caen, 16 nov. 1899, *Rec. Caen*, 99. 195. — Caen, 2 avril 1900, *Rec. Caen*, 1900, 152. — Lyon, 15 mai 1900, *Mon. jud. Lyon*, 17 nov. 1900. — Douai, 9 avril 1900, D. 1905. 2. 1. (Le notaire doit prévenir son client des risques pouvant résulter de la non ratification de l'hypothèque par le propriétaire mineur). — Trib. civ. Lyon, 28 déc. 1898, *Mon. jud. Lyon*, 5 avril 1899. — Trib. civ. Châteauroux, 18 mars 1903, *Droit*, 24 oct. 1903. — V. cependant Lyon, 21 juill. 1903, *Loi*, 2 déc. 1903.

(1) Trib. civ. Lyon, 24 juin 1893, *Loi*, 20 déc. 1893, *Rép. gén. du not.*, 1894. n. 7590 (responsabilité pour avoir ainsi donné en gage un titre nominatif inaliénable pendant deux ans).

(2) Alger, 26 oct. 1899, précité.

(3) Rennes, 7 mars 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1, 2e p., 9 (notaire qui persuade à son client que l'emprunteur tient à conserver ses immeubles libres alors qu'à sa connaissance ces immeubles sont grevés d'hypothèques). — Lyon, 5 déc. 1893, *Mon. jud. Lyon*, 15 avril 1894, *Gaz. Pal.*, *Table*, 1er sem. 1894, v° *Notaire*, n. 98 s. (prêt à une personne domiciliée au loin, et qui n'ayant pu se procurer des fonds dans l'endroit où elle habite, devait paraître suspecte; prêt à un industriel obéré).

(4) Caen, 12 mai 1891, *Gaz. Trib.*, 30 sept. 1891, *Rec. Rouen*, 91. 2. 138 (insolvabilité de l'acquéreur). — Trib. civ. Marseille, 25 nov. 1892, *Gaz. Trib.*, 8 avril 1893 (éviction de l'acquéreur).

(5) Cass. civ, 31 oct. 1900, S., 1905. 1. 214. — Cass. req., 5 nov. 1900, S., 1903. 1. 214.

(6) Cass. req., 26 avril 1904 D., 1904. 1. 304.

(7) Alger, 2 fév. 1891, *Rev. algér.*, 91. 238.

(8) Mais si dans l'intervalle entre le moment où il a conseillé de faire l'acte et le moment où l'acte a été fait un changement est survenu le notaire en est responsable. Cass. req., 26 avril 1904, D., 1904. 1. 304.

(9) Cass., 30 mai 1881, S., 82. 1. 8. — Cass. req., 12 déc. 1898, S., 1901. 1. 398, D., 99. 1. 345. — Cass. req., 24 juin 1902, S. 1903. 1. 40, D. 1902. 1. 451. — Agen,

c'est à lui qu'il appartient de démontrer cette circonstance (1).

Le notaire est également responsable des placements qu'il a conseillé de faire en promettant une garantie qui n'existait pas (2).

Vis-à-vis du cocontractant de la personne dont il a été le mandataire il n'est pas responsable de l'insuffisance des garanties (3).

D'autre part le notaire qui se contente d'indiquer un placement ou toute autre convention, sans le négocier, ou qui a rédigé simplement un acte, n'encourt en principe aucune responsabilité (4).

14 avril 1888, *Rec. Agen*, 88. 113. — Amiens, 15 nov. 1888, *Rec. Amiens*, 88. 211. — Nancy, 26 janv. 1889, *Rec. Nancy*, 88. 89. — Bordeaux, 8 juill. 1889, *Rec. Bordeaux*, 89. 1. 511. — Poitiers, 11 nov. 1889, S., 90. 2. 193, D., 90. 2. 198. — Lyon, 29 déc. 1889, *Mon. jud. Lyon*, 13 mai 1890. — Aix, 18 fév. 1890, *Rec. Aix*, 92. 1. 115. — Alger, 25 nov. 1890, *Rev. alg.*, 91. 102. — Bordeaux, 21 janv. 1891, *Rec. Bordeaux*, 91. 1. 162. — Lyon, 26 nov. 1892, précité. — Orléans, 9 déc. 1892, S., 95. 2. 102, D., 94. 2. 252. — Paris, 28 fév. 1893, *Gaz. Pal.*, 93, 2, 2e p., 66. — Toulouse, 29 janv. 1894, *Gaz. Trib. Midi*, 11 mars 1894. — Angers, 28 juil. 1894, *Rec. Angers*, 95. 25. — Angers, 21 nov. 1894, *Rec. Angers*, 94. 460. — Riom, 30 nov. 1894, *Rec. Riom*, 95. 2. 46. — Douai, 11 mars 1895, S., 95. 2. 200. — Angers, 18 mars 1896, S., 97. 2. 158. — Riom, 6 juin 1900, *Rec. Riom*, 1900. 260. — Bruxelles, 22 janv. 1895, *Pacicr.*, 95. 2. 313.

(1) Lyon, 29 déc. 1889, précité. — Lyon, 26 nov. 1892, précité. — Paris, 28 fév. 1893, précité. — *Contra* Bruxelles, 22 janv. 1895, précité.

(2) Pau, 29 juin 1892, S., 93. 2. 123. — Riom, 26 fév. 1894, *Droit*, 12 juin 1894.

(3) Cass. req., 28 juin 1899, S., 1900. 1. 135, D., 1900. 1. 458.

(4) Cass., 30 juin 1852, S., 52. 1. 560. — Cass. req., 20 oct. 1891, S., 92. 1. 585, D., 93. 1. 170. — Cass. req., 13 juin 1893, S., 97. 1. 503, D., 93. 1. 447. — Cass. req., 28 juin 1899, S., 1900. 1. 135, D., 1900. 1. 458. — Cass. req., 24 juin 1902, S., 1903. 1. 40, D., 1902. 1. 451. — Paris, 22 mai 1832, S., 32. 2. 459. — Douai, 29 mai 1844, S., 45. 2. 150. — Lyon, 31 mai 1844, S., 45. 2. 150. — Lyon, 29 déc. 1845, S., 46. 2. 635. — Rennes, 21 juill. 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 2. 325. — Riom, 17 janv. 1888, *Rev. not.*, 89. 647. — Bordeaux, 20 fév. 1888, *Rec. Bordeaux*, 88. 156. — Riom, 23 déc. 1888, D., 89. 2. 279. — Douai, 29 janv. 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 573. — Bordeaux, 12 juin 1889, *Rec. Bordeaux*, 89. 1. 442. — Amiens, 14 mai 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 406. — Amiens, 2 juil. 1890, *Rec. Amiens*, 90. 220. — Amiens, 3 juill. 1890, *Rec. Amiens*, 90. 233. — Riom, 30 déc. 1890, D., 92. 2. 227. — Rouen, 20 avril 1891, *Rev. Rouen*, 91. 1. 121. — Lyon, 26 fév. 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 587 (placement hypothécaire). — Paris, 7 déc. 1892, *Loi*, 6 juin 1893. — Rennes, 21 fév. 1893, S., 95. 2. 103, D., 94. 2. 442. — Pau, 24 nov. 1893, D., 94. 2. 442. — Lyon, 23 mai 1894, *Mon. jud. Lyon*, 15 sept. 1894. — Besançon, 31 déc. 1894, S., 95. 2. 100, D., 96. 2. 77 (alors même qu'il donne une estimation exagérée aux immeubles hypothéqués, s'il indique au prêteur, versé dans les affaires, la source de son estimation). — Rennes, 26 fév. 1895, *Rec. Angers*, 95. 129. — Nancy, 26 nov. 1895, D., 96. 2.

Cependant, quoique simple rédacteur de l'acte, le notaire doit avertir les parties des dangers qu'elles courent à raison des faits dont il a connaissance (1).

Ainsi le notaire doit avertir l'acheteur du danger qu'il y a à payer son prix au vendeur dont l'insolvabilité est notoire, au cas où l'immeuble vendu est hypothéqué (2), ou à payer son prix sans purger l'hypothèque légale connue du notaire (3).

De même le notaire qui sait l'insuffisance des garanties promises ou l'inexactitude d'une déclaration quelconque doit en prévenir les parties (4).

On admet même que le notaire, simple rédacteur des actes, est responsable d'une garantie donnée sur des immeubles qui n'appartiennent pas au débiteur (5), ou que ce dernier a

96. — Montpellier, 20 mai 1902, *Journ. des not*, 1903.113 (pour la dotalité des immeubles hypothéqués). — Lyon 29 déc. 1903, *Mon. jud. Lyon*, 23 fév. 1904. — Bruxelles, 18 juin 1895, *Pasicr.*, 95.2.363. — Demolombe, XXXI, n. 537 et 538; Cohendy, *Note*, D., 93. 2. 161; Pe.it, *Rapport*, S., 92. 1. 585. — V. cep. Cass. civ., 19 oct. 1897, S., 98.1.183.

(1) Cass., 22 janv. 1890, S., 90. 1. 460. — Cass. req., 10 mai 1898, S., 98. 1. 398. — Cass. req. 10 juin 1899, S., 1900. 1. 495. — Cass. req., 14 nov. 1899, S., 1901.1.182, D., 1900. 1. 21. — Cass. req., 19 déc. 1899, S., 1900.1.495. — Comp. Cass. req., 19 mars 1894, S., 98.1. 318. — Il est responsable d'une hypothèque constituée sur des biens qu'il sait être dotaux. Trib. civ. Mont-de-Marsan, 6 juill. 1888, *Loi*, 23 oct. 1888, — d'un mandat consenti par une personne qu'il sait être en état notoire d'imbécillité. Trib. civ. Nice, 26 mars 1889, *Droit*, 21 sept. 1889, — d'un cautionnement donné à un débiteur qu'il sait être lourdement hypothéqué. Limoges, 24 fév. 1902, *Rec. Riom*, 1902.57.

(2) Cass. civ., 2 avril 1872, S., 72. 1. 109, D., 72. 1. 363. — Aix, 28 avril 1870, S., 71. 2. 133, D., 72.2.79. — Bourges, 20 mars 1899, D., 99. 2. 493. — Cohendy, *Note*, D., 93.2.161.

(3) Amiens, 6 nov. 1902, *Rec. Amiens*, 1902.76.

(4) Cass. req., 22 janv. 1890, S., 90.1.460. — Cass. req., 6 avril 1891, S., 92.1.253. — Cass. req., 11 mai 1891, S., 92. 1. 254, D., 92. 1. 215. — Cass. req., 19 juill. 1892, S., 92.1.560, D., 93. 1. 151. — Cass. req., 14 nov. 1899, précité. — Amiens, 27 déc. 1887, *Rec. d'Amiens*, 88. 33. — Orléans, 19 juill. 1890, *France jud.*, 91.95. — Poitiers, 1er déc. 1890, *Rec. Poitiers*, 91. 85. — Alger, 2 fév. 1891, *Rev. Algér.*, 91. 238. — Rouen, 20 avril 1891, précité. — Douai, 11 janv. 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 482. — Rennes, 15 juin 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 2e p., 30 (le notaire qui ne peut ignorer que le vendeur n'est pas propriétaire doit en informer l'acquéreur). — Douai, 21 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1, 2e p., 38. — Agen, 1er mars 1895, D., 95.2.369. — Paris, 15 mars 1895, *Rev. not.*, 95.283. — Trib. civ. Seine, 13 févr. 1888, *Droit*, 5 avril 1888. — Trib. civ. Orthez, 11 juin 1890, *Loi*, 24 oct. 1890. — Cohendy, *Note*, D., 93.2.161.

(5) Cass., 3 août 1858, S., 58. 1. 817. — Cass., 6 janv. 1890, S., 90. 1. 459,

acquis par un acte non transcrit (1) ; car il lui eût été facile de s'assurer de ce fait, en se procurant un état de transcription. De même pour l'hypothèque constituée sur des immeubles insusceptibles d'hypothèque, par exemple sur des biens dotaux ; car la lecture du contrat de mariage pouvait renseigner le notaire (2).

Il est également responsable de n'avoir pas contrôlé soit l'origine de propriété des immeubles (3), soit la déclaration que l'immeuble hypothéqué est libre d'hypothèque (4).

Il est encore responsable d'avoir laissé faire aux parties une convention qui, par sa nature, était dangereuse pour elles (5).

Les notaires doivent encore s'assurer de l'identité des parties contractantes (6), de leur capacité (7) et de la capa-

D., 90. 1. 25. — Cass. req., 6 juin 1894, S., 95. 1. 395, D., 94 1. 359. — Nancy, 23 avril 1864, S., 65. 2. 200. — Rouen, 30 nov. 1891, D., 92. 2. 85. — Lyon, 1er juill. 1893, *Gaz. Pal., Table*, 1er sem. 1894, v° *Notaire*, n. 5 s. (même si le client est, par sa profession, supposé avoir des notions juridiques). — Rouen, 1er avril 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 587. — Paris, 4 juin 1901, D., 1905. 5. 506. — *Contra* Trib. civ. Lyon, 18 mai 1895, *Mon. jud. Lyon*, 22 juill. 1895. — Il est également responsable de ce que l'immeuble vendu n'appartient pas au vendeur (Paris, 13 mars 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 1. 488), ou d'un remploi fictif si l'examen des titres de propriété lui eût révélé la fraude. — Cass. req., 11 juil. 1898, S., 99. 1. 211. — Toulouse, 18 janv. 1893, sous Cass., 20 mars 1894, S., 94. 1. 489. — Paris, 15 mars 1895, S., 96. 2. 265, D., 96. 2. 145. — Paris, 11 déc. 1895, S., 98. 2. 9. — Planiol, *Note*, D., 96. 2. 145.

(1) Paris, 3 avr. 1903, D., 1904. 2. 188.

(2) Mais il en est autrement si cette lecture ne suffisait pas à montrer quels immeubles étaient dotaux et quels paraphernaux. Cass. req., 23 juin 1904, S., 1905. 1. 315.

(3) V. cep. Grenoble, 6 nov. 1901, D., 1902. 2. 335.

(4) Trib. civ. Bruxelles, 9 juin 1886, *Rép. gén. not.*, 87. 104.

(5) Nîmes, 5 juin 1899, sous Cass., 10 déc. 1902, D., 1904. 1. 62 (acte constituant l'acquereur débiteur personnel d'une créance hypothécaire, ce qui l'expose à payer deux fois).

(6) Cass., 17 mars 1828, S. chr. — Cass., 29 déc. 1828, S. chr. — Cass., 20 janv. 1851, S., 52. 1. 57. — Cass. req., 18 nov. 1885, S., 89. 1. 55. — Paris, 12 thermidor an XII, S. chr. — Paris, 19 mai 1806, S. chr. — Toulouse, 28 janv. 1820, S. chr. — Toulouse, 19 déc. 1820, S. chr. — Montpellier, 1er juil. 1829, S. chr. — Amiens, 9 janv. 1890, *Rec. d'Amiens*, 90. 1. 23. — Douai, 10 fév. 1899, *Rec. Douai*, 99. 194. — Trib. civ. Orthez, 18 janv. 1893, *Loi*, 12 mai 1893. — Trib. civ. Le Puy, 21 fév. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 1, *Suppl.*, 30.

(7) Cass. civ., 6 janv. 1890, S., 90. 1. 459, D., 90. 1. 25. — Cass., 19 oct. 1897, S., 98. 1. 183. — Cass. civ., 13 mars 1900, S., 1903. 1. 26. — Caen, 24 déc. 1892,

cité des témoins (1), des pouvoirs des mandataires (2).

623. Toute constatation inexacte faite volontairement par le notaire le rend responsable envers les parties (3), à moins qu'elle ne soit provoquée par elles (4).

L'erreur de fait involontaire donne également lieu à responsabilité si le notaire eût pu l'éviter (5).

Ainsi le notaire est responsable d'avoir fixé, dans une adjudication, des mises à prix très faibles qui ont permis à des tiers de se rendre adjudicataires à vil prix (6).

624. Le notaire qui en sa qualité d'officier ministériel commet une erreur de droit n'est responsable qu'en cas de faute (la jurisprudence parle de faute *lourde*), c'est-à-dire dans le cas soit où la loi est claire, soit où la jurisprudence est fixée (7).

Rec. Rouen, 93. 2. 117. — Il n'est pas responsable de l'incapacité qu'il n'a pu connaître. Limoges, 19 juillet 1887, D., 88. 2. 127. — Aix, 19 nov. 1889, *Gaz. Trib.*, 4 janv. 1890. — Si le cocontractant a pu connaître l'incapacité, la responsabilité du notaire est atténuée. Aix, 26 avril 1888, *Rec. d'Aix*, 88. 101.

(1) Cass. req., 31 mars 1885, S., 88. 1. 117.

(2) Paris, 21 juill. 1887, *Journ. des not.*, 88. 360. — Trib. civ. Seine, 19 avril 1901, D., 1903. 2. 271.

(3) Limoges, 30 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 102 (notaire qui fait une dissimulation de prix dans une vente et indique que le prix est payé, alors qu'il est réglé en valeurs).

(4) Limoges, 30 nov. 1892, précité (dissimulation de prix).

(5) Riom, 23 juin 1892, *Gaz. Trib.*, 11 oct. 1892 (désignation inexacte des immeubles frappés d'un privilège). — Trib. civ. Bar-sur-Seine, 30 nov. 1898, *Gaz. Pal.*, 99. 1. 438 (erreur dans les indications données à un acquéreur sur les créanciers qui viennent en ordre utile).

(6) Cass. req., 24 oct. 1893, S., 94. 1. 226 (désignation inexacte, dans une quittance subrogative, de l'immeuble hypothéqué). — Grenoble, 11 juill. 1893, *Rec. Grenoble*, 1893, p. 262 (nullité d'une inscription de séparation de patrimoines, résultant de ce qu'elle a été prise sans désignation détaillée des immeubles, même si le mandant a des connaissances juridiques et quoique la question ait été autrefois controversée). — Trib. civ. Toulouse, 23 nov. 1893, *Gaz. Trib. Midi*, 14 janv. 1894.

(7) Cass., 17 août 1867, S., 69. 1. 396. — Cass., 12 fév. 1883, S., 83. 1. 171. — Cass. civ., 2 déc. 1885, S., 86. 1. 97 (pas de responsabilité pour s'être trompé sur le droit de la femme séparée de biens d'acquérir des immeubles). — Cass. req., 24 mai 1886, S., 86. 1. 247, D., 87. 1. 222 (responsabilité pour avoir reçu un acte constitutif d'hypothèque par un mandataire dont le mandat n'est pas authentique). — Cass. req., 23 janv. 1899, D., 99. 1. 311 (il est responsable pour n'avoir pris inscription que sur partie des immeubles hypothéqués). — Cass. civ., 9 nov. 1904, S., 1905. 1. 229, D., 1905. 1. 102 (il est responsable pour avoir dressé une vente entre époux). — Paris, 11 mai 1886, S., 88. 2. 110 (responsabilité du

Il est également responsable pour avoir volontairement induit les parties en erreur sur un point de droit (1).

625. Le notaire est responsable des suites de l'acte s'il est chargé de les accomplir et les accomplit mal (2).

Il en est ainsi du notaire chargé de faire inscrire une hypothèque (3).

De même, s'il accomplit irrégulièrement une formalité

notaire pour avoir conseillé à un donateur de renoncer à la résolution pour inexécution des charges, sous prétexte qu'il jouit d'un privilège). — Limoges, 25 mai 1887, D., 88. 2. 98 (responsabilité du notaire pour avoir fait un contrat de mariage en l'absence de l'un des époux, même si l'usage local est en ce sens). — Caen, 7 fév. 1883, S., 88. 2. 136 (pas de responsabilité à raison de la désignation insuffisante des biens compris dans une inscription de séparation de patrimoines). — Amiens, 18 déc. 1889, *Gaz. Pal.*, 90. 1. 254. — Paris, 29 oct. 1890, sous Cass., 8 mars 1893, D., 94. 1. 301. — Amiens, 12 nov. 1890, *Rec. d'Amiens*, 91. 99. — Dijon, 10 fév. 1892, *Loi*, 10 mai 1892. — Paris, 30 nov. 1892, D., 93. 2. 242. — Limoges, 21 nov. 1893, *Rec. de Riom*, 1894, p. 276. — Douai, 19 mars 1902, *Rec. Douai*, 1902. 301. — Alger, 14 fév. 1900, *Journ. trib. Alger*, 3 juin 1900. — Limoges, 5 déc. 1899, *Rec. Riom*, 1900. 407. — Paris, 12 mars 1903, S., 1903. 2. 267, D., 1903. 2. 112. — Trib. civ. Seine, 20 fév. 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 809. — Trib. civ. Seine, 27 déc. 1889, *Loi*, 21 janv. 1890. — Trib. civ. Seine, 19 avril 1893, *Droit*, 5 mai 1893 (le notaire est responsable pour avoir inséré dans une donation une clause portant que les valeurs données seront dotales, si la dot a été limitée par le contrat de mariage). Trib. civ. Seine, 11 juil. 1893, *Rép. gén. not.*, 1894, n. 7576, *Journ. des not.*, 1894, p. 50. — Trib. civ. Havre, 6 janv. 1899, *Gaz. trib.*, 7 avril 1899 (il n'est pas responsable pour avoir cru que les droits de la femme dotale sont supérieurs à ceux du vendeur impayé). — V. *supra*, n. 595.

(1) Rennes, 27 juin 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 2e p., 28.

(2) Trib. civ. Seine, 7 déc. 1893, *Mon. jud. Lyon*, 12 avril 1894 (paiement à un tiers qui n'a pas qualité).

(3) Cass. req., 9 juil. 1890, S., 92. 1. 557 (le notaire chargé par le prêteur de faire le nécessaire pour employer les fonds prêtés à désintéresser les créanciers inscrits, et qui, après avoir pris tardivement inscription sur les immeubles, a négligé de surveiller l'emploi et de faire radier les inscriptions antérieures, est responsable). — Cass. civ., 27 oct. 1891, S., 92. 1. 559. D., 92. 1. 95 (notaire chargé de faire subroger le prêteur au créancier désintéressé et qui y fait subroger l'emprunteur, et empêche ainsi le prêteur d'être colloqué en rang utile). — Dijon, 26 oct. 1892, D., 93. 2. 205 (le notaire est responsable si, à cause de son retard, un créancier hypothécaire a eu le temps de se faire inscrire, et si la vente des immeubles hypothéqués n'a, à cause de ce fait, pas désintéressé suffisamment le créancier qui avait donné mandat de faire inscrire, et cela même si d'autres garanties, mais dont la réalisation est éloignée, permettent à ce dernier d'espérer une indemnité complète). — Limoges, 2 août 1883, sous Cass., 24 janv. 1887, S., 90. 1. 458 (le notaire chargé de prendre une inscription hypothécaire est responsable de sa nullité). — Douai, 19 janv. 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 1. 342. — Bordeaux, 6 mars 1895, *Rev. Soc.*, 95. 1. 504.

qu'il est tenu d'accomplir, il est responsable de sa nullité [1].

Mais le notaire chargé au nom d'enfants mineurs de l'inscription de l'hypothèque légale de leur mère prédécédée, n'est pas responsable pour n'avoir pas pris en même temps inscription de l'hypothèque légale des mineurs s'il n'en a pas reçu le mandat formel [2].

Le notaire n'est pas d'ailleurs de plein droit obligé d'accomplir les formalités [3] qui sont les conséquences ordinai-

[1] Cass., 9 août 1836, S., 37. 1. 161. — Cass. req., 28 janv. 1895, S., 95. 1. 211 (inscription *générale* de la séparation des patrimoines). — Toulouse, 25 juil. 1835, S., 36. 2. 91. — Limoges, 2 août 1883, précité. — Amiens, 13 mai 1891, *Rec d'Amiens*, 92. 113 (transcription faite à une conservation autre que celle de la situation). — Grenoble, 11 juil. 1893 (et non 1894), S., 95. 1. 201 (sous Cass.), D., 94. 2. 543 (inscription *générale* d'un privilège de séparation des patrimoines). — Rouen, 20 mai 1885, S., 87. 2. 139 (notaire qui, dans la réquisition d'un état sur transcription, indique mal les prénoms du vendeur).

[2] Riom, 5 mai 1893, *Rec. Riom*, 1893, p. 42 (même si le notaire connaissait la situation des mineurs, du moins si, à ce moment, l'inscription eût été inutile).

[3] Par exemple de prendre inscription de l'hypothèque consentie par acte passé devant lui. — Cass., 9 juill. 1890, S., 92. 1. 557. — Limoges, 2 déc. 1885, sous Cass., 23 juin 1887, D., 87. 1. 449. — Poitiers, 31 mai 1886, D., 87. 2. 182. — Riom, 23 oct. 1888, D., 89. 2. 279. — Bordeaux, 16 déc. 1891, *Loi*, 19 mars 1892. — Pau, 20 juin 1892, D., 93. 2. 161. — Bourges, 28 déc. 1892, *Loi*, 18 avril 1893. — Rennes, 21 fév. 1893, S., 95. 2. 103, D., 94. 2. 442 (pour e cas où il est simple rédacteur de l'acte). — Dijon, 8 déc. 1897, D., 99. 2. 115. — Trib. civ. Charolles, 29 nov. 1900, sous Dijon, 31 déc. 1901, D., 1902. 2. 295. — Planiol, *Note*, D., 1901. 2. 201. — *Contra* Agen, 22 déc. 1888, *Rec. Agen*, 89. 72. — Rouen, 16 mai 1892 (motifs), *Rec. Rouen*, 92. 1. 152. — Nancy, 9 fév. 1894, D., 95. 2. 393. — Ni, au cas où l'emprunteur s'est engagé à obtenir mainlevée des hypothèques qui grèvent son immeuble, de se préoccuper de faire disparaître les hypothèques. — *Contra* Trib. civ. Seine, 7 déc. 1893, *Mon. jud. Lyon*, 12 avril 1894. — Ni de renouveler une inscription hypothécaire. — Pau, 24 avril ou nov. 1893, S., 95. 2. 104, D., 94, 2. 442 (même alors qu'il est détenteur d'une des grosses de l'acte, s'il ne l'a conservée que pour assurer le paiement des frais d'actes). — Paris, 8 nov. 1894, *Gaz. Trib.*, 16 avril 1895, *Rép. gén. not.*, 95. 451. — Bourges, 24 juil. 1899, S., 99. 2. 298 (même si les intérêts et le capital doivent être payés en son étude). — Trib. civ. Toulouse, 18 juin 1888, *Gaz. Trib.*, 29 juill. 1888. — Trib. civ. Montdidier, 26 déc. 1890, *Droit*, 9 avril 1891. — V. cep. Trib. civ. Anvers, 14 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 829 (pour le cas où le notaire avait négocié le prêt). — Ni de faire transcrire une vente. Cass. req., 22 fév. 1897, S., 97. 1. 454. — Trib. civ. Seine, 9 janv. 1895, *Droit*, 7 fév. 1895. — Ni de prendre inscription du privilège du copartageant. — Cass. req., 10 mai 1898, S., 98. 1. 398. — Cass. req., 10 juin 1899, S., 1900. 1. 495. — Orléans, 18 janv. 1879, S., 79. 2. 85. — Pau, 26 mars 1890, D., 91. 2. 110. — Grenoble, 24 nov. 1891, *Rec. Grenoble*, 92. 1. 133. — Montpellier, 5 mai 1894, *Mon. Trib. Midi*, 17 juin 1894. — Lyon, 20 mars 1900, S., 1902.

res des actes. Mais le mandat de les accomplir peut lui être conféré (1).

Le notaire n'a même pas à prévenir les parties des formalités qu'elles doivent accomplir, à la suite de l'acte qu'il a rédigé, pour sauvegarder leurs intérêts (2).

626. Le notaire n'a pas à avertir davantage les parties des conséquences juridiques des actes, notamment des droits que leur confère l'acte passé (3).

Il en est de même pour les conséquences pécuniaires des actes (4).

De ce qui précède, il résulte que le notaire n'est pas responsable pour n'avoir pas averti par exemple l'acquéreur de la nécessité de purger les hypothèques au lieu de payer directement son prix au vendeur (5). A plus forte raison, si le

2. 69. — Ni de faire assurer les immeubles hypothéqués ou faire signifier aux compagnies d'assurances les transports d'indemnités. Riom, 16 mai 1892, précité. — A plus forte raison n'est-il pas tenu de veiller à l'exécution des actes de ses prédécesseurs. Amiens, 21 juin 1894, D., 95. 2. 453. — V. aussi la note 2, *infra*.

(1) Lyon, 20 mars 1900, S., 1902. 2. 83, D., 1901. 2. 201.

(2) Cass. req., 7 mars 1894, S., 94. 1. 355, D., 94. 1. 176 (le notaire n'est pas responsable du payement que fait l'acquéreur de son prix sans s'inquiéter de l'état de l'immeuble). — *Contra* Cass. req., 18 janv. 1892, S., 92. 1. 255 (nécessité de prendre inscription). — Cass. req., 11 juil. 1893, S., 97. 1. 503. — Cass. req., 6 fév. 1899, S., 1900. 1. 197, D., 99 1. 271 (il doit informer les prêteurs que, les époux étant mariés sous le régime dotal, l'emploi doit-être surveillé. — — Limoges, 7 déc. 1892, sous Cass. req., 7 mars 1894, S., 94. 1. 355. — Alger, 30 janv. 1893. D., 94. 2. 442. — Rennes, 21 fév. 1893, D., 94. 2. 442. — Agen, 1er mars 1893, D., 95. 2. 369 (nécessité de la purge). — Amiens, 31 déc. 1896, sous Cass., 10 mai 1898, S., 98. 1. 398 (nécessité de prendre inscription). — Liège, 3 fév. 1887, *Rev. not.*, 87. 417. — On a même décidé qu'il doit de lui-même inscrire la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée. — Rennes, 21 fév. 1893, précité.

(3) Cass. civ., 8 mars 1893, S., 97. 1. 13. — Orléans, 18 juill. 1895, *Rép. gén. not.*, 95. 313. — *Contra* Alger, 24 déc. 1891 (motifs), *Rev. algér.*, 92. 84. — Grenoble, 6 nov. 1901, D., 1902. 2. 335. — Douai, 9 août 1900, *Rec. Rouen*, 1900. 207. — Trib. civ. Anvers. 2 déc. 1893, *Pasicr.*, 94. 3. 197. — Ainsi le notaire n'a pas à avertir le prêteur de l'utilité qu'il y aurait à faire intervenir la femme de l'emprunteur, pour renoncer à son hypothèque légale. Trib. civ. Marseille, 4 juin 1902, *Journ. de Marseille*, 1902. 489.

(4) Trib. civ. Anvers, 2 déc. 1893, précité. — *Contra*, Amiens, 18 déc. 1889, *Gaz. Pal.*, 90. 1. 254. — Dijon, 8 déc 1897, D., 99. 2. 105. — Trib. civ. Toulouse, 25 juin 1895, *Gaz. Trib.*, 9 août 1895, *Loi*, 13 août 1895.

(5) Pau, 20 juin 1892, D., 93. 2. 161 (motifs). — *Contra* Cohendy, *Note*, D.,

notaire a averti l'acquéreur, n'est-il pas responsable de l'éviction de l'immeuble par les créanciers hypothécaires (1).

En tout cas, il n'a pas à prévenir les parties de l'utilité des formalités qu'elles ont manifesté déjà le désir de ne pas accomplir (2).

D'autre part, le notaire n'est pas responsable du conseil qu'il a donné aux parties de bonne foi et en conformité d'un jugement (3).

627. Quand les parties sont illettrées, les devoirs des notaires sont plus étroits (4) ; ils doivent avertir les parties des formalités dont l'accomplissement est nécessaire à leur sécurité (5) ; ils doivent, par exemple, les prévenir de la nécessité d'opérer la purge des hypothèques légales qui grèvent l'immeuble acquis (6).

Il en est de même si une partie est incapable (7). Le notaire est responsable de la nullité du contrat de mariage de l'inca-

93. 2.161.— V. la note qui précède. — Mais il a pu être décidé que le notaire qui, créancier du vendeur, reçoit de l'acheteur le prix de vente sans l'informer de l'existence d'hypothèques, est responsable. Cass. req., 6 juin 1899, S., 1900. 1. 445, D., 1901. 1. 167.

(1) Pau, 20 juin 1892, D., 93. 2. 161 (surtout si l'acquéreur n'était pas étranger aux affaires). — Cohendy, *Note*, D., 93. 2. 161.

(2) Cass. req., 7 mars 1894, S., 94. 1. 355 (le notaire qui dresse une quittance de prix de vente, alors que le vendeur devait lui-même son prix, n'est pas responsable envers l'acquéreur des suites de ce paiement, si l'acquéreur avait déjà payé une partie du prix à ce dernier en dehors du notaire, si le nouveau paiement a été fait par lui pour échapper à une folle enchère, et si, d'ailleurs, le notaire était étranger aux complications de la situation).

(3) Cass. req., 24 juill. 1890, S., 92. 1. 251, D., 91 1. 335 (jugement qui, en cas de contrat de mariage permettant à la femme d'*aliéner* son immeuble moyennant remploi, l'autorise à tort à l'hypothéquer moyennant remploi).

(4) Cass. req., 6 fév. 1899, S., 1900. 1. 197, D., 99. 1. 271.—Paris, 13 mars 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 1. 488. — Paris, 23 juin 1892, sous Cass., 24 oct. 1893, S. 94. 1. 226. — Rennes, 21 fév. 1893, D., 94. 2. 442. — Douai, 19 mars 1902, *Rec. Douai*, 1902. 311. — Trib. civ. Tarbes, 28 fév. 1894, *Droit*, 9 mai 1894.

(5) Trib. civ. Nevers, 21 juin 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 2. 470. — Jugé même qu'à raison des circonstances il peut être réputé avoir reçu mandat de les accomplir. —Lyon, 20 mars 1900, S., 1902. 2. 83, D., 1901. 2. 201.

(6) Cass. civ., 6 août 1890, D., 91. 1. 195. — Cass. req., 11 juil. 1893, D., 93. 1. 563 (en fait le notaire connaissait la situation obérée du vendeur ; l'arrêt constate le fait, mais ne s'y appuie pas ; l'arrêt va, du reste, trop loin en exigeant que le notaire procède lui-même à la purge). — Cass. req., 8 nov. 1899, S., 1902. 1. 410, D., 1900. 1. 22.

(7). Cass. req., 10 mai 1898, D., 98. 1. 388.

pable, qu'il a rédigé sans exiger les assistances nécessaires (1).

628. Le notaire n'a pas à contrôler les déclarations des parties (2).

Mais il doit aire dans les actes toutes les mentions nécessaires aux intérêts des parties (3).

629. Le notaire est responsable de la nullité d'un acte pour cause de forme (4) (L. 25 vent. an XI, art. 68).

630. En toute hypothèse, la responsabilité du notaire peut être atténuée par la faute de la partie envers laquelle existe cette responsabilité (5).

Mais la responsabilité du notaire n'est pas atténuée par la faute d'un autre notaire (6).

631. Jusqu'à preuve contraire, le notaire n'est pas réputé être le mandataire ou le gérant d'affaires des parties (7).

(1) Trib. civ. Orthez, 16 déc. 1891, sous Pau, 15 mars 1892, S., 93. 2. 133.

(2) Cass. req., 4 déc. 1900, D., 1901. 1.80 (inexactitude sur la contenance d'un immeuble vendu).—Douai, 25 juin 1889, *Loi*, 23 oct. 1889 (fausseté d'une déclaration sur la propriété d'un immeuble hypothéqué).— *Contra* Trib. civ. Auxerre, 4 juin 1890, *Droit*, 22 juin 1890. — Trib. civ. Chambéry, 11 août 1890, *Loi*, 14 oct. 1890. — Ainsi le notaire n'est pas responsable pour avoir rédigé un acte qu'il ne savait pas illicite. — Grenoble, 6 nov. 1901, D., 1902. 2. 335.

(3) Le notaire qui reçoit une vente dont le prix est payé au moyen des deniers dotaux de la femme, doit subroger la femme dans les hypothèques qui grèvent l'immeuble. Limoges, 21 nov. 1893, *Rec. de Riom*, 1894, p. 276. — Le notaire qui, à la suite d'un paiement partiel, rédige une mainlevée totale, est responsable. Alger. 14 nov. 1888, *Rev. algér.*, 89. 227.

(4) Cass. civ., 14 avril 1886, S., 86.1.245 (nullité pour absence de la signature du notaire lui-même).

(5) Cass. civ. 26 avril 1887, S., 87. 1. 471. — Cass. req., 19 juil. 1892, S., 92. 1. 560, D., 93. 1. 151 (quand le notaire est responsable d'un placement hypothécaire, le prêteur coupable de n'avoir pas réclamé contre le rejet de sa demande en collocation peut ne recevoir du juge du fait que le droit de réclamer au notaire le remboursement de la moitié de sa perte). — Agen, 18 déc. 1889, D., 91.2 47 (le notaire qui a négocié un placement hypothècaire sans s'enquérir des droits réels antérieurement inscrits sur l'immeuble hypothéqué n'a qu'une responsabilité atténuée envers le prêteur, si la perte subie par ce dernier dérive en partie du retard qu'il a mis à poursuivre l'emprunteur). — V. cep. Cass. req., 24 oct. 1893, S., 94. 1. 226 (si le notaire a inexactement désigné, dans une quittance subrogative, l'immeuble hypothéqué, il importe peu que le client eût pu, au moyen d'un contredit, obtenir sa collocation sur la somme demeurée libre ; dans l'espèce le client était illettré, mais l'arrêt, tout en signalant cette circonstance, n'en tire pas argument).

(6) Trib. civ. Le Puy, 21 fév. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 1, *Suppl.*, 31 (deux notaires qui se trompent successivement sur l'individualité d'une partie).

(7) Lyon, 26 oct. 1893, *Loi*, 4 avril 1894. — Trib. civ. Lyon, 9 janv. 1891,

632. Le notaire n'a aucunement à sauvegarder les intérêts de la personne qui contracte avec son client et qui est le client d'un autre notaire (1).

Toutefois il est responsable des renseignements inexacts ou insuffisants qu'il donne à ce dernier (2).

633. L'avoué, qui est un mandataire (3), est responsable des fautes qu'il commet (4).

Mon. jud. Lyon, 14 fév. 1891. — Trib. civ. Anvers, 1er déc. 1893, *Pasicr.*, 94. 3. 197.

(1) Décidé cependant que le notaire qui procède à une adjudication doit vérifier l'origine de propriété. Paris, 27 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 2e p, 23.

(2) Le notaire qui, consulté sur la situation d'un emprunteur, son client, dit qu'il vient de toucher une somme importante, est responsable pour n'avoir pas donné avis ultérieurement de l'emploi qu'il a fait de cette somme. Lyon, 19 janvier 1894, D., 94. 2. 517.

(3) V. *supra*, n. 382.

(4) Ainsi l'avoué chargé de suivre une instance est responsable de la péremption de cette instance. Bastia, 10 nov. 1857. S., 58. 2. 15. — Aix, 26 oct. 1900, S., 1901. 2. 172. — L'avoué chargé de transmettre à un créancier inscrit les notifications relatives à l'expropriation forcée est responsable si son oubli à cet égard a entraîné la forclusion du créancier dans l'ordre. Cass., 2 mars 1891, S., 95. 1. 493. — L'avoué chargé de recouvrer une créance n'est pas tenu, sauf intention contraire, de renouveler l'inscription hypothécaire. Cass. req., 30 nov. 1889, D., 89. 1. 475. — Mais il responsable s'il a accordé une préférence à d'autres créanciers. Cass. req., 26 déc. 1898, S., 1900 1. 250. — L'avoué chargé de renouveler une inscription hypothécaire est responsable de la nullité du renouvellement provenant du défaut de mention de l'époque d'exigibilité de la créance. Bordeaux. 12 janv. 1887. S., 88. 2. 108. — L'avoué est responsable des frais frustratoires qu'il a faits. Toulouse, 2 juin 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 2e p., 5 (notification de l'art. 642 C. pr., faite à des créanciers dont l'inscription ne frappe pas l'immeuble saisi). — Il est responsable d'avoir surenchéri dans une saisie immobilière, contrairement à l'art. 711 C. pr., pour un insolvable. — Nîmes, 6 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 186. — Trib. civ. Largentière, 9 mars 1892, *Rec. de proc.*, 92. 247. — Mais seulement si l'insolvabilité était notoire au moment de l'adjudication. Nîmes, 6 déc, 1892, précité. — Trib. civ. Largentière, 9 mars 1892, précité. — Ou pour avoir consenti à la distraction de certains des immeubles dont il était chargé de poursuivre la saisie. Cass. req., 6 mars 1900, S., 1902. 1. 145. — Tissier, *Note*, S., 1902. 1. 145. — Ou pour avoir renoncé à une hypothèque sur ces immeubles. Cass. req., 27 mars 1901, S., 1902. 1. 146, D., 1901. 1. 293. — Il est responsable si, chargé de produire à un ordre, il n'a pas produit pour toutes les créances de son client. Douai, 20 fév. 1892, *Droit*, 15 mars 1892. — Ou n'a pas produit du tout. Douai, 22 fév. 1892, *Gaz. Trib.*, 17 mars 1892. — Besançon, 26 déc. 1900, D., 1905. 2. 151. — Ou a produit tardivement. Cass. civ., 3 avril 1900, S., 1900. 1. 340. — Ou, dans le cours de l'ordre, s'est abstenu d'élever un contredit qui eût amené la collocation de son client. Cass. req., 17 juin 1895, S., 98. 1. 165. — Cass. req. 10 nov. 1896, S., 1900. 1. 340. — Pau, 24 janv. 1887, D., 88. 2. 278. — S'il a perdu des pièces. Rennes, 26 avril 1904, S., 1904. 2. 239.

Il en est de même de l'huissier (1), de l'expert (2).

634. En ce qui concerne le médecin, qui est également, d'après la jurisprudence, un mandataire (3), sa faute lourde seule entraîne une responsabilité. Les tribunaux se refusent en effet, à entrer dans l'examen des théories médicales et admettent simplement que le médecin est responsable pour avoir manqué aux règles de bon sens et de prudence exigées de chaque profession (4).

Ainsi le défaut d'emploi de mesures discutées entre les praticiens n'est pas une faute engageant la responsabilité (5).

Une erreur de diagnostic n'est pas davantage une faute engageant la responsabilité (6).

Le médecin n'est pas responsable non plus des soins qu'un

(1) Cass. civ., 22 mars 1899, D., 1905. 1. 254 (signification irrégulière). — Dijon, 18 mai 1903, S., 1904. 2. 127, D., 1904. 2. 32 (signification tardive d'un acte d'appel. — Trib. civ., Pontoise, 23 nov. 1893, *Gaz. Pal*, 94. 1. *Suppl.*, 16 (opposition sans titre). — L'huissier, qui n'a d'autre rôle que de rédiger l'acte, n'est pas responsable d'autre chose que des irrégularités de forme qu'il commet. — Amiens, 31 janv. 1899, D., 1900. 2. 70.

(2) Grenoble, 21 mars 1893, D., 93. 2. 292.

(3) V. *supra*, n. 379.

(4) Cass., 21 juil. 1862, S., 62. 1. 817, D., 62. 1. 419 (la perte d'un membre par la gangrène résultant d'un bandage mal appliqué implique une faute lourde). — Colmar, 10 juil. 1850, D., 52. 2. 196. — Metz, 21 mai 1867, S., 68. 2. 106, D., 67. 2. 110. — Dijon, 14 mai 1868, S., 69. 2. 12. — Nîmes, 26 fév. 1884. S., 86. 2. 156, D., 84. 2. 176 (la perte d'un bras par la gangrène résultant d'un bandage maintenu trop longtemps implique une faute lourde). — Alger, 17 mars 1894, S., 95. 2. 237. — Trib. civ. Saint-Quentin, 22 mai 1861, *Droit*, 27 mai 1861. — Trib. civ. Gray, 29 juill. 1873, S., 74. 2. 58, D., 74. 5. 436. — Trib. civ. Saint-Etienne, 5 fév. 1892, D., 95. 2. 199, — Trib. civ. Bougie, 23 nov. 1887, *Loi*, 24 janv. 1888. — Trib. civ. Seine, 22 janv. 1889, D., 91. 2. 281 (en note). — Trib. civ. Le Havre, 5 déc. 1889, D., 91. 2. 281 (en note) — Trib. paix Paris, XVe arr., 28 janv. 1904, D., 1904. 2. 400 (il est responsable pour n'avoir pas, en cas de maladie contagieuse, fait éloigner un enfant). — C sup. Massachusetts, janv. 1880, cité *infra*. — Liège, 28 juill. 1843, *Belg. jud.*, 43. 1. 494. — Bruxelles, 2 déc. 1865, *Pasicr.*, 66. 2. 175. — Liège, 30 juill. 1890, S., 95. 2. 237 (en note), D. 91. 2. 281 (des fragments trouvés dans la chair, la gangrène résultant du défaut de soin constituent la faute lourde). — Trib. civ. Bruges, 15 juill. 1895, *Pasicr.*, 96. 3. 102. — Larombière, *Oblig.*, VII, art. 1382, n. 15; Sourdat. *Tr de la responsab.*, n. 676 s. ; Aubry et Rau. IV, p. 756, § 446, texte et note 9 ; Demolombe, XXXI, n. 539 s. ; Laurent, XX, n. 516 ; Willems, *Rev. gén.*, 1895. p. 216 et 217 ; Dubrac, *Tr. de jurispr. méd.*, n. 93 et 94; Guerrier et Rotureau, *Man. prat. de jurispr. méd.*, p. 200. — *Contra* Charmont, *Rev. crit.*, XXIV, 1895, p. 622 s.

(5) Alger, 17 mars 1894, précité.

(6) Alger, 17 mars 1894, précité. — Trib. civ. Seine, 22 janv. 1889, *Gaz. Pal.*

médecin ordinaire pouvait donner, et alors que des soins meilleurs auraient exigé l'intervention d'un spécialiste (1).

Il n'est pas responsable des effets produits par un remède dont il ignorait la nature, s'il pouvait en espérer des effets bienfaisants (2).

Mais il est responsable des effets d'un remède qu'il employait à titre d'expérience (3).

Le médecin n'est pas tenu de rester auprès du malade pour surveiller les effets de l'absorption d'un remède même dangereux (4).

On admet, en jurisprudence, que le médecin ne peut procéder à une opération grave sans le consentement du malade, ou, si ce dernier ne peut fournir son consentement, de ses proches (5) ; il n'y a d'exception qu'en cas d'urgence (6). C'est à lui qu'il appartient de prouver le consentement (7).

635. Les médecins et autres personnes de l'art sont tenus à des dommages-intérêts s'ils divulguent la nature de la maladie de leur client, soit directement à des tiers (8), soit dans l'assignation en paiement de leurs honoraires (9).

89. 1. 336. — Trib. civ. Havre, 5 déc. 1889, précité. — Trib. féd. suisse, 10 juin 1892, S., 92. 4. 38, et les décisions précitées.

(1) C. sup. Massachusetts, janv. 1880, *Journ. dr. int.*, VIII, 1881, p. 277.

(2) C. sup. Iowa, 8 nov. 1861, *Journ. dr. int.*, IX, 1882, p. 451. — C. sup. Iowa, avril 1881, *Journ. dr. int.*, IX, 1882, p. 451. — Trib. féd. suisse, 10 juin 1892, S., 92. 4. 38.

(3) Trib. féd. suisse, 10 juin 1892, précité.

(4) Lyon, 7 déc. 1893, D., 95. 2. 199. — Mais il doit, en ordonnant un remède dangereux, faire les recommandations nécessaires sur les doses et sur la nécessité d'en surveiller les effets ; ces recommandations peuvent d'ailleurs être verbales. Lyon, 7 déc. 1893, précité.

(5) Trib. civ. Lyon, 15 déc. 1859, D., 59. 5. 87. — Liège, 30 juill. 1890, précité. — Guerrier et Rotureau, *Manuel prat. de jurispr. médicale*, p. 109.

(6) Liège, 30 juill. 1890, précité.

(7) Liège, 30 juill. 1890, précité (sol. impl.). — Le consentement ne résulte pas de ce que le malade a consenti à entrer à l'hôpital. Trib. civ. Liège, 27 nov. 1889, sous Liège, 30 juill. 1890, précité.

(8) Fournel sur Dareau, *Tr. des injures*, éd. 1785, ch. I, sect. 1, n. 19 (I, p. 87) qui cite des arrêts du 9 juill. 1599.

(9) Fournel, *loc. cit.*

II. *Des conditions auxquelles est subordonnée la responsabilité en cas de faute.*

A. *Clauses excluant la responsabilité.*

636. Conformément au droit commun, une clause du contrat peut exclure la responsabilité du mandataire, sauf en ce qui concerne son dol ou sa faute lourde.

Ainsi, à supposer que le mandataire n'ait pas le droit de se constituer contre-partie en principe, la convention peut lui conférer ce droit (1).

Cependant le notaire ne peut s'affranchir par une stipulation de la responsabilité qu'il a encourue, en dehors d'un mandat, comme rédacteur d'un acte ou pour avoir méconnu une obligation professionnelle (2). On admet, en effet, que personne ne peut, par une convention, s'affranchir de sa faute délictuelle.

La jurisprudence admet également qu'il ne saurait, par une convention, s'affranchir de la responsabilité qu'il encourt comme mandataire (3); mais cela n'est pas conciliable avec les principes.

B. *Existence d'un préjudice.*

637. La responsabilité du mandataire est subordonnée à l'existence d'un préjudice ; c'est ce que nous établirons en étudiant le montant de la responsabilité (4).

C. *Ratification ou renonciation.*

638. L'action en responsabilité qui appartient au mandant se perd par sa renonciation expresse ou tacite (5).

(1) V. *supra*, n. 620.

(2) Cass. civ., 6 juin 1894, S., 95. 1. 395, D., 94. 1. 359. — Paris, 6 déc. 1894, *Gaz. Pal.*, *Table*, 1er sem. 1895, v° *Notaire*, n. 10 et 11. — Paris, 15 mars 1895, D., 96. 2. 145. — Amiens, 6 nov. 1902, *Rec. Amiens*, 1902. 76. — Planiol, *Note*, D., 96. 2. 145. — Cpr. Paris, 3 avr. 1903. D. 1904. 2. 188.

(3) Cass., 2 avril 1872, S., 72. 1. 109. — Cass., 17 juill. 1872, S., 72. 1. 386. — Aix, 28 avril 1870, S., 71. 2. 133. — Bordeaux, 29 mai 1889, *Rec. Bordeaux*, 89. 1. 438. — Paris, 12 nov. 1889, *Gaz. Pal.*, 90. 1. 509.

(4) V. *infra*, n. 643 s.

(5) Cass. req., 3 janv. 1900, S., 1901. 1. 321. — Wahl, *Note*, S., 1901. 1. 321. —

Mais le mandataire qui a fait un emploi des fonds interdit ou non autorisé par le mandat reste responsable même s'il a prévenu de l'emploi qu'il entendait faire le mandant, qui n'a pas répondu à cette communication par une défense [1]. Le silence du mandant ne peut être considéré comme un acquiescement. Car il n'y avait pas lieu de répondre à une proposition contraire aux ordres reçus par le mandataire.

Au contraire, le silence prolongé du mandant qui a reçu le compte peut être regardé comme une approbation de toutes les opérations [2].

D. *Prescription.*

639. La prescription de l'action en responsabilité est de trente ans, conformément au droit commun.

640. La prescription ne court que du jour où le mandant a pu agir contre le mandataire. Notamment, si l'existence d'un préjudice ne peut être établie que par un fait postérieur, c'est du jour seulement où ce fait se produit que court la prescription [3].

III. *Clauses étendant la responsabilité du mandataire.*

641. Comme tout contractant, le mandataire peut prendre les cas fortuits à sa charge [4].

Tel est le cas où le mandataire, connaissant les obstacles à l'exécution du mandat, s'engage néanmoins à l'exécuter

L'arrêt précité dit que le silence prolongé peut être une ratification si le mandant, avisé en temps utile, était en mesure de réparer la faute. Il a été décidé avec raison que le fait d'avoir reçu d'un agent de change des titres n'implique pas renonciation à l'action en responsabilité dérivant de ce que les titres livrés étaient sortis à un tirage antérieur ou frappés d'opposition. Paris, 2 janv. 1890, D., 92.2.257. — Paris, 19 juill. 1890, D., 92.2.257.

(1) *Contra* Paris, 12 juil. 1892, D., 93.2.509.

(2) Trib. civ. Seine, 17 fév. 1899, *Mon. jud. Lyon*, 11 avril 1899.

(3) Pau, 15 mars 1892, S., 93.2.133, D., 93.2.165 (le préjudice causé à la femme par la nullité du contrat de mariage ne pouvant être aperçu qu'après la clôture de l'ordre ouvert sur le mari, c'est seulement du jour de cette clôture que court la prescription).

(4) Guillouard, n. 110.

avec la promesse, explicite ou non, de n'être pas arrêté par ces obstacles (1).

Tel est encore le cas du commissionnaire *ducroire*, qui se rend assureur des risques en se faisant payer un salaire supplémentaire (2).

642. Nous avons examiné plus haut si le mandataire peut recevoir défense de se constituer contre-partie (3).

IV. *Nature et montant de la responsabilité.*

A. *Réparation pécuniaire du préjudice.*

a. *Principal.*

643. Par application de l'article **1149** du Code civil, le mandataire est responsable de sa faute dans les limites du préjudice causé, et dans ces limites seulement (4).

Ainsi la faute du mandataire est réparée par l'insertion, comme recette, dans son compte de gestion, du montant du préjudice causé (5).

De même le mandataire chargé de défendre à une instance, qui laisse prendre contre son mandant un jugement par défaut devenu définitif, n'a de responsabilité que s'il est prouvé qu'une instance contradictoire n'aurait pas tourné au préjudice du mandant (6).

(1) Cass., 23 déc. 1876, S., 77.1.200. — Paris, 11 mars 1892, D., 92.2.415. — Guillouard, n. 110.

(2) Troplong, n. 373 s. ; Pont, I, n. 999 ; Guillouard, n. 110.

(3) V. *supra*, n. 620.

(4) Cass., 5 janv. 1852, S., 53.1.216, D., 52.1.50. — Cass., 8 déc. 1884, S., 86.1.303, D., 84.1.463. — Paris, 29 mars 1811, S. chr. — Aix, 29 nov. 1888, *Rec. Marseille*, 89.1.108. — Pont, I, n. 986 ; Laurent, IX, n. 465 ; Guillouard, n. 104. — Par exemple le mandataire qui, faute d'assigner en temps utile, a causé une déchéance au mandant, est tenu non seulement de la condamnation qu'il aurait obtenue, mais des intérêts de cette somme à partir de l'assignation. Douai, 7 juin 1894. *Droit*, 5 oct. 1894. — Le mandataire qui n'a pas vendu les actions sur lesquelles des versements étaient dus, et a ainsi privé le mandant, obligé à ces versements, du recours qu'il aurait eu contre son acheteur, doit indemniser le mandant du préjudice. Cass. req., 27 déc. 1904, S., 1905.1.485. — V. *infra*, n. 682 s.

(5) Cass., 22 fév. 1854, D., 54.1.113. — Cass., 25 nov. 1873, S., 74.1.105, D., 74.1.66. — Troplong, n. 431 et 432 ; Pont, I, n. 1009 ; Laurent, XXVII, n. 503 ; Guillouard, n. 137.

(6) *Contra* Trib. com. Seine, 14 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 95.1.501.

644. Par application de ce principe, pour que le notaire devienne responsable, il faut qu'à la faute s'ajoute le préjudice (1).

Ainsi l'acquéreur n'a action contre le notaire à raison des hypothèques dissimulées par le notaire que le jour où ces hypothèques s'exercent contre lui (2).

Si un contrat de mariage est nul par la faute du notaire, la femme dont l'apport mobilier entre ainsi en communauté n'a action contre le notaire que si l'hypothèque légale qu'elle aurait eue pour la restitution de sa dot fût venue en rang utile et seulement après la clôture de l'ordre qui la renseigne sur ce point et jusqu'à concurrence de la somme qu'elle a perdue (3).

Le notaire n'est responsable d'un nantissement douteux qu'une fois la nullité du nantissement déclarée (4), ou d'une hypothèque insuffisante que du jour où elle est réalisée, ou au moins du jour où il est certain que la valeur des biens hypothéqués ne suffiront pas à payer le créancier (5).

(1) Cass. req., 9 juill. 1890, S., 92. 1. 557, D., 91. 1. 381 (le notaire qui par sa faute empêche une collocation intégrale du créancier hypothécaire est responsable dans les limites du préjudice causé). — Cass. req., 5 nov. 1890, S., 92. 1. 244. — Cass. req., 18 janv. 1892, S., 92. 1. 255, D., 92, 1. 454. — Cass. req., 10 mai 1898, S., 98. 1. 398 (inscription non prise). — Cass. req., 12 déc. 1898, S., 1901. 1. 398, D., 99. 1. 345. — Cass. req., 10 janv. 1899, S., 99. 1. 412. — Cass. req., 8 nov. 1899, S., 1900. 1. 180, D., 99. 1. 364. — Cass. req., 6 fév. 1899, S.. 1900. 1. 197. — Cass. civ., 31 oct. 1900, S., 1903. 1. 214 — Cass. req., 5 nov. 1900, S., 1903. 1. 214. — Cass. req., 24 juin 1902, D.. 1902. 1. 424 (dans cette espèce, très particulière, où le préjudice n'était pas démontré. le notaire a été condamné à une partie de la perte). — Agen, 18 déc. 1889, D., 91. 2. 47. — Nîmes, 5 juin 1899 sous Cass., 10 déc. 1902, D., 1904 1. 62. — Bordeaux, 11 nov. 1901, *Pand. franç.*, 1903. 2. 268. — Trib. civ. Lyon, 13 mai 1891, *Mon. jud. Lyon*, 1er juil. 1891 (il n'est pas responsable de la tardiveté d'une inscription, si cette tardiveté n'a pas empêché la collocation). — Décidé cep. que le notaire peut être actionné avant le débiteur, parce qu'il n'est pas une caution pouvant opposer le bénéfice de discussion. Cass. req., 5 déc. 1893, S., 95, 1. 170, D., 94. 1. 342. — V. *infra*, même numéro.

(2) Pau, 20 juin 1892, D., 93. 2. 161.

(3) Pau, 15 mars 1892, S., 93. 2. 133, D., 93. 2. 164.

(4) Trib civ. Lyon, 24 juin 1893, *Loi*, 20 déc. 1893, *Rép.. gén. not.*, 1893. art. 7590.

(5) Cass. civ., 31 oct 1900, précité. — Orléans, 22 juil. 1892, S., 95. 2. 102, D., 94. 2. 452. — Trib. civ. Bruxelles, 21 mars 1894. *Pasicr.*, 94. 3. 158.

On a objecté à ces dernières solutions que le notaire, n'étant pas une caution, ne jouit pas du benéfice de discussion [1]. Mais ce n'est pas le bénéfice de discussion qu'il invoque: comme il n'est responsable envers le prêteur que dans les limites du préjudice subi par ce dernier, et que l'insolvabilité de l'emprunteur est seule une cause de préjudice pour le prêteur, le notaire ne peut être poursuivi qu'après que le préjudice a été constaté.

Aussi n'est-il pas nécessaire qu'il oppose dès le début de l'instance l'exception tirée de ce que le préjudice subi doit être préalablement constaté ; et, d'autre part, le tribunal doit d'office, au besoin, repousser l'action intentée contre le notaire avant cette constatation. Il en serait tout autrement si le notaire opposait le bénéfice de discussion.

Le notaire ne peut être davantage actionné en raison de l'insuffisance d'un gage hypothécaire tant que la caution de la même dette n'a pas été discutée [2].

Mais le notaire peut être actionné alors même qu'il reste d'autres garanties, d'ailleurs incertaines, à son client, ce dernier ne pouvant être tenu d'attendre l'issue d'un procès [3].

De même, dès lors que le droit résultant de l'acte notarié disparaît, le notaire doit réparer le préjudice ; à supposer que, par d'autres moyens plus longs ou plus coûteux, la partie lésée puisse retrouver les avantages stipulés, le notaire ne peut l'obliger à user de ces moyens [4].

On a aussi décidé que le notaire qui a donné des renseignements inexacts sur un emprunteur insolvable ne peut obliger le prêteur à discuter préalablement les biens de ce dernier [5] ; mais cette solution nous paraît inexacte.

[1] Cass. req., 5 déc. 1893, précité. — Paris, 5 fév. 1892, D., 92. 2. 497.

[2] Trib. civ. Lyon, 16 nov. 1892, *Loi*, 22 déc. 1892.

[3] Dijon, 26 oct. 1892, D., 93. 2. 205.

[4] Trib. civ. Annecy, 18 nov. 1891, *Gaz. Trib.*, 14 fév. 1892. — Le prêteur, à la suite de la faillite de l'emprunteur, ne peut être tenu de supporter les frais et les risques d'autres procès contre l'héritier d'un emprunteur et le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué. Cass. req., 28 mai 1838, S., 89. 1. 78.

[5] Cass. req., 5 déc. 1893, précité.

645. Les mêmes principes ont été appliqués à l'avoué [1] et à l'huissier [2].

646. Le mandataire ne peut déduire des sommes qu'il doit au mandant à titre de dommages-intérêts, la valeur des profits qu'il a procurés à ce dernier [3]; car la première condition pour que la compensation se produise, est qu'il existe deux créances respectives à compenser. Or le mandataire n'est pas créancier du mandant pour les profits qu'il lui a procurés. Du reste, le mandant aurait également obtenu ces profits s'il avait choisi un autre mandataire qui ne lui eût, d'ailleurs, causé aucune perte. On peut enfin tirer un argument d'analogie de l'article 1850, relatif à la société.

C'était, d'ailleurs, la solution de Pothier [4].

646 *bis*. S'il y avait plusieurs mandataires, leur responsabilité respective se tranche d'après le droit commun. S'ils ont été établis solidairement, ils peuvent être également poursuivis solidairement, même pour la faute d'un seul d'entre eux. S'ils ne sont pas solidaires, chacun d'eux est seul responsable de sa faute ; et, dans le cas où tous deux ont commis une faute, la responsabilité se divise entre eux suivant la gravité des fautes [5].

(1) L'avoué n'est responsable du défaut de production à un ordre que si la production pouvait aboutir à un résultat utile. Cass. civ., 26 nov. 1890, S., 91. 1. 72, D., 91. 1. 188. — Si la forclusion dérivant d'une faute de l'avoué a été prononcée par un jugement, la responsabilité de l'avoué n'est engagée que si, en fait, un appel contre ce jugement était vraisemblablement destiné à échouer. Bordeaux, 12 janv. 1887, S., 88. 1. 108. — Toutefois elle est engagée en partie si l'avoué n'a pas fait offre à son client des frais de la procédure d'appel. Même arrêt. — L'avoué n'est pas responsable pour avoir omis de faire colloquer son client s'il l'a fait colloquer pour une créance plus importante, qui n'aurait pas été admise en même temps que la première. Cass. req., 8 déc 1884, S., 86. 1. 303. — Il n'est responsable de la tardiveté d'un appel que si l'appel aurait eu chance d'être accueilli. Grenoble, 12 juil. 1898, S., 99. 2. 299. — Il n'est pas responsable pour avoir renoncé à une hypothèque, s'il n'est pas prouvé que le client aurait été colloqué. Cass. req., 27 mars 1901, S., 1902. 1. 146.

(2) Cass. req., 30 juin 1902, D., 1903. 1. 569 (l'huissier n'est pas responsable de la nullité d'un exploit d'appel si, en fait, l'appel eût été repoussé.

(3) Duranton, XVIII, n. 244 ; Aubry et Rau, IV, p. 643, § 413, note 3 ; Guillouard, n. 108. — *Contra* Troplong, n. 403 et 433 ; Pont, I. n. 999.

(4) N. 52.

(5) Décidé en ce sens que si un avoué et un tiers ont été, chacun de leur côté, chargés de recouvrer une créance, l'avoué peut n'être condamné à réparer que

b. *Intérêts.*

647. Ce qui concerne les intérêts dus par le mandataire sera examiné plus loin, à propos du compte [1].

B. *Sort de l'acte accompli contrairement au mandat.*

648. La responsabilité du mandataire consiste également en ce que le mandant n'est pas forcé de faire sienne l'affaire accomplie par le mandataire contrairement aux termes du mandat, par exemple de prendre les marchandises achetées pour son compte [2].

En cas de retard, les tribunaux peuvent aussi, à titre de dommages-intérêts, forcer le mandataire à prendre pour son compte l'opération faite [3].

649. Toutefois, et à moins d'une clause contraire, il en est autrement si le mandant n'a aucun intérêt à contester les actes passés par le mandataire et si sa situation est la même que si le mandat avait été exécuté.

Ainsi le mandant ne peut refuser les marchandises achetées dans un lieu autre que celui qu'il avait indiqué, si ces marchandises sont de la qualité qu'il avait demandée [4].

Pour la même raison, le mandataire qui a exécuté les ordres du mandant à des conditions plus onéreuses que les conditions fixées, peut forcer le mandant à prendre pour son compte l'acte passé, pourvu que le mandataire prenne à sa charge la perte résultant de l'exécution défectueuse du mandat.

Ainsi le mandataire qui, chargé d'acheter une marchandise pour un prix déterminé, l'a payée un prix plus élevé, peut obliger le mandant à la prendre pour le premier de ces

le tiers du préjudice résultant du défaut de recouvrement si la faute du tiers est plus grande que la sienne et si la faute de l'avoué n'a été la source d'un préjudice qu'à raison de la faute du tiers. Cass. req., 31 janv. 1899, D., 99. 1. 300.

[1] V. *infra*, n. 682 s.

[2] Guillouard, n. 73 et 111.

[3] Ainsi le client peut être autorisé à ne pas accepter, deux mois après l'ordre d'achat, les titres achetés. Paris, 21 juill. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 67.

[4] *Contra* Montpellier, 10 juill. 1829, D. *Rép.*, v° *Mandat*, n. 124. — Guillouard, n. 73, 102 et 111.

deux prix [1]. Le mandant ne peut, en effet, se plaindre. On objecte que le mandataire se trouve ainsi dans une situation trop favorable, puisqu'il peut à son choix prendre pour son compte ou imposer au mandat le marché. Cette observation n'a pas grande portée, car il faut que le mandataire informe immédiatement le mandat de l'exécution du mandat.

Cette solution était donnée à Rome par les Proculiens et rejetée par les Sabiniens [2].

A plus forte raison le mandant est-il forcé d'accepter l'acte passé par le mandataire si cet acte lui est plus avantageux que celui qu il sollicitait [3], sauf, bien entendu, le pouvoir d'appréciation du juge du fait [4].

650. D'autre part, l'exécution partielle permet un recours du mandataire entre le mandant, quoique le défaut d'exécution totale soit imputable au mandataire, si l'exécution partielle a procuré des avantages au mandant [5].

V. *Division de la responsabilité entre les mandataires.*

651. Aux termes de l'article 1995 : « *Quand il y a plu-* « *sieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même* « *acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est* « *exprimée.* » Ce texte ne fait que consacrer une application du principe formulé par l'article 1202. Pour comprendre son utilité, il faut savoir que notre ancien droit [6], conformément aux traditions du droit romain, admettait la solidarité entre les mandataires nommés par un même acte et pour une même affaire. Notre législateur, qui voulait répudier cette

[1] Troplong, I, n. 27 ; Guillouard, n. 74 et 102. — *Contra* Bugnet sur Pothier, n. 94 ; Pont, I, n. 982,

[2] L. 4. D., *Mand.*, 17. 1 ; § 7. *Inst.*, *de mandat.*, 3. 27.

[3] Guillouard, n. 74 (par exemple la chose achetée est d'une qualité meilleure).

[4] Guillouard, n. 74 et 202 (à ce dernier endroit, cet auteur dit que le mandataire est alors gérant d'affaires). — *Contra* Rouen, 8 déc. 1856, S., 57. 2. 307 D., 57. 2. 96 (motifs).

[5] Cass., 6 avril 1831, D. *Rép.*, v° *Mandat*, n. 124. — Troplong, n. 308 et 309 ; Pont, I, n. 974 et 975 ; Laurent, XXVII, n. 458 ; Guillouard, n. 102.

[6] Pothier, n. 63 ; Domat, liv. I, tit. XV, sect. 3, n. 13 ; Durand de Maillane, *Inst. du dr. canon.*, VI, 1770, liv. III, tit. II, p. 325.

ancienne doctrine, a cru devoir s'en expliquer. Le motif de son innovation est que la solidarité ne se présume pas en général et surtout dans le cas où les débiteurs rendent un service gratuit (1).

Par suite, chacun des mandataires ne répond que de ses faits personnels (2).

Les mandataires ne sont même pas responsables solidairement d'une faute qu'ils ont séparément commise l'un et l'autre (3).

Cependant il faut faire exception pour le cas où la faute est commune et concertée entre eux (4), c'est-à-dire est le résultat d'un dol commun, parce qu'alors chacun d'eux a concouru à la faute de l'autre.

652. On admet, d'autre part, qu'en cas de faute commune de divers notaires, ils sont tenus solidairement de la réparer (5).

653. Si les mandataires doivent agir ensemble, celui qui refuse de faire l'acte convenu est responsable de tout le préjudice causé (6) et les autres n'ont aucune responsabilité.

S'ils doivent agir séparément et qu'aucun d'eux n'ait agi, chacun n'est responsable que pour sa part (7).

Si l'un d'eux a agi et que le mandat confié soit ainsi rempli, les autres ne sont pas responsables.

654. Lorsque les mandataires ne pouvaient agir que solidairement et qu'aucun n'a agi, ils sont responsables solidairement des fautes commises (8).

(1) Rapport de Tarrible au Tribunat, Fenet, XIV, p. 599.

(2) Cass. req., 31 janv. 1899 (impl.) S., 1900. 1. 492. — Aix, 29 déc. 1843, S., 44. 2. 447. — Douai, 7 juin 1894, *Droit*, 5 oct. 1894. — Pont. I, n. 1036 ; Aubry et Rau, IV, p. 645, § 413, note 12 ; Guillouard, n. 118.

(3) Cass. req., 31 janv. 1899, précité. — *Contra* Douai, 7 juin 1894, précité.

(4) Cass. 29 déc. 1852. S., 53. 1. 91, D., 53. 1. 49. — Cass., 3 mai 1865, S., 65. 1. 251, D., 65. 1. 379. — Paris, 28 avril 1836, S., 36. 2. 263. — Pont, I, n. 1036; Aubry et Rau, IV, p. 644, § 413, note 9 ; Guillouard, n. 114.

(5) Cass. req., 17 oct. 1893, S., 94. 1. 32, D., 94. 1. 159 (les notaires qui ont négocié et reçu ensemble un prêt sont responsables de l'insuffisance de la garantie hypothécaire). — Dijon, ... mai 1893, *Rev. bourguign. de l'enseign. supér.*, III, 1893, p. 899. — Trib. civ. Le Puy, 21 févr. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 1, *Suppl.*, 30.

(6) Aubry et Rau, IV, p. 645, § 413, note 12 ; Guillouard, n. 118.

(7) Cass., 2 mars 1891, D., 92. 1. 31. — Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Guillouard, n. 118,

(8) Paris, 14 déc. 1889, D., 90. 2. 348 (agent d'assurances).

655. En principe, on doit supposer que si plusieurs mandataires ont été constitués, chacun d'eux peut faire l'acte [1]. C'est déjà ce que disait Domat [2].

656. La solidarité n'existe pas plus dans le mandat salarié [3] que dans le mandat gratuit.

657. La solidarité existe par exception entre les exécuteurs testamentaires, à moins que leurs fonctions ne soient divisées (C. civ. 1033); cela tient sans doute à ce qu'ils n'ont pas été choisis par les héritiers [4].

On admet aussi sans difficulté que la solidarité existe de plein droit entre les mandataires commerciaux [5], parce que l'usage est en ce sens pour tous les débiteurs commerciaux et qu'en droit commercial l'usage peut déroger à la loi.

Enfin l'article 1995 autorise la stipulation de la solidarité et cela est d'accord avec l'article 1202.

Mais, conformément à l'article 1202, cette stipulation doit être expresse [6].

658. La solidarité stipulée entre les mandataires produit tous les effets d'une solidarité parfaite [7].

659. La solidarité stipulée s'applique aux suites de l'inexécution du mandat, par exemple à la perte de la chose, arrivée par la faute de l'un des mandataires [8].

Toutefois la solidarité ne s'applique qu'à la valeur de la chose, elle ne s'étend pas aux dommages-intérêts résultant de la perte [9].

En tout cas, si l'un des mandataires agit au delà du man-

(1) Guillouard, n. 118.

(2) Liv. I, tit. XV, sect. 3, n. 14. — D'après Durand de Maillane (*op. cit.*, p. 325), le premier saisi avait la préférence, sauf s'il était stipulé que l'un ne pourrait agir sans l'autre.

(3) Laurent, XXVII, n. 467; Guillouard, n. 112.

(4) Guillouard, n. 113.

(5) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, III, n. 38; Guillouard, n. 116.

(6) Laurent, XXVII, n. 469; Guillouard, n. 115.

(7) Guillouard, n. 115.

(8) Pont, I, n. 1038; Aubry et Rau, IV, p. 644, § 413, note 10; Laurent, XXVII, n. 473; Guillouard, n. 117.

(9) Aubry et Rau, Laurent, Guillouard, *loc. cit.* — V. cep. Pont, *loc. cit.*

dat, les autres n'en sont pas responsables [1], car au delà du mandat le mandataire perd sa qualité.

VI. *Preuve en matière de responsabilité du mandataire. Pouvoirs du juge du fond.*

660. Le mandant n'a pas à démontrer la faute du mandataire [2]. Cette faute doit être présumée, car le mandataire, étant tenu d'exécuter le mandat, doit établir les raisons pour lesquelles il ne l'a pas exécuté ou l'a exécuté d'une manière défectueuse.

Si, par exemple, les immeubles hypothéqués n'ont pas produit un prix suffisant pour désintéresser le mandant, le mandataire qui a pris hypothèque et qui était chargé de veiller à ce que les garanties hypothécaires fussent suffisantes, doit démontrer qu'il avait fait cette vérification et qu'au moment du prêt les garanties étaient suffisantes [3].

De même, et conformément d'ailleurs au principe de l'article 1315, il appartient au mandataire de prouver le cas fortuit [4].

Nous avons fait l'application de ce principe au cas d'insolvabilité du débiteur [5].

C'est également à lui qu'il appartient de prouver la faute du mandant.

Toutefois, si en apparence le mandat a été bien exécuté, et que le mandant allègue une faute ou un dol du mandataire, il doit en faire la preuve.

661. C'est également au mandant qu'il appartient de prouver que le mandataire a fait une recette pour son compte [6].

Mais ce dernier doit, s'il ne restitue pas la chose reçue,

(1) Cass., 6 avril 1841, S., 41. 1. 592. — Pont, I, n. 1038; Aubry et Rau, IV, p. 645, § 413, note 11 ; Laurent, XXVII, n. 473; Guillouard, n. 117.

(2) Trib. appel Lubeck, 21 déc. 1870, *Journ. dr. intern.*, II, 1875, p. 367 (pour le commissionnaire). — Trib. civ. Castres, 27 déc. 1888, *Gaz. Trib. Midi*, 5 mai 1889. — *Contra* Caen, 17 mars 1893, *Rec. de Caen*, 93. 2. 104.

(3) Cass. civ., 21 juin 1893, S., 93. 1. 339, D., 94. 1. 191.

(4) Troplong, I, n. 372 ; Guillouard, n. 109. — V. *supra*, n. 622.

(5) V. *supra*, n. 596.

(6) Guillouard, n. 138.

démontrer qu'elle a été employée pour le compte du mandant (1).

662. Pour prouver l'exécution du mandat, le mandataire doit employer les modes de preuve prescrits par les articles 1341 et suivants du Code civil (2).

Ainsi jusqu'à 150 francs la preuve testimoniale est admise; au delà, elle est admise avec un commencement de preuve par écrit (3), mais non pas sans ce commencement de preuve. En aucun cas une mention sur les livres du mandataire ne suffit (4).

663. La preuve que le mandataire a prévenu le mandant de l'exécution du mandat peut être faite par témoins et présomptions, quel que soit le chiffre de l'affaire (5); car c'est un simple fait.

664. Le mandant peut prouver par témoins ou par présomptions la faute ou le dol du mandataire (6).

665. La preuve que le mandataire a reçu quelque chose pour le mandant peut être également faite par tous moyens, même par témoins et par présomptions, quelle que soit la valeur de la chose reçue (7), car le mandant n'a pu s'en procurer une preuve par écrit.

666. On ne peut appliquer dans les rapports entre mandant et mandataire et au sujet des pièces confiées à ce dernier, l'article 1924 du Code civil, d'après lequel le dépositaire est, à défaut d'écrit, cru sur son affirmation pour le fait du dépôt, pour son montant ou pour le fait de la restitution (8).

(1) Cass., 27 fév. 1884, S., 84. 1. 213. — Guillouard, n. 138.

(2) Cass. req., 27 juin 1894, D., 94. 1. 371. — Trib. civ., Castres, 27 déc. 1888, précité.

(3) Orléans, 31 oct. 1894, *Droit*, 15 déc. 1894, *Loi*, 22 nov. 1894.

(4) Cass. req., 27 juin 1894, D., 95. 1. 371 (notaire).

(5) Cass. civ., 30 oct. 1893, S., 94. 1. 326.

(6) Cass. civ., 6 août 1889, S., 91. 1. 518, D., 90. 1. 183 (dissimulation de partie d'un prix de vente).

(7) Cass. civ., 6 août 1889, S., 91, 1. 518, D., 90. 1. 183 (il est vrai que dans l'espèce il s'agissait d'une dissimulation de partie d'un prix de vente, c'est-à-dire d'un véritable délit). — Guillouard, n. 138.

(8) J. Appleton, *Note*, *Pand. franç.*, 95. 2. 137 (dont la doctrine est très contestable, car il prétend que l'art. 1924 est conforme aux règles générales de la

Il n'y a pas lieu davantage d'appliquer les articles 1282 et 1283 du Code civil, qui font résulter de la remise du titre une présomption de libération. Les présomptions étant de droit étroit, le mandant ne peut soutenir, vis-à-vis du mandataire, que ce dernier, s'étant dessaisi des titres de la créance, est réputé avoir reçu les fonds (1). Mais si le mandant, agissant contre son débiteur, se heurte à une exception tirée de ses articles, il peut recourir contre le mandataire, qui, à supposer qu'il n'ait pas été payé, a commis une faute en se dessaisissant du titre.

Le mandataire ne peut pas davantage se fonder sur les articles 1282 et 1283 pour réclamer, sous prétexte qu'il détient le titre ou la preuve de l'obligation souscrite par le tiers au profit du mandant, le remboursement du montant de l'obligation de ce dernier (2).

667. Nous parlons plus loin de la preuve en matière de détournement de fonds (3).

668. Le préjudice doit être prouvé par le mandant.

Cependant quand un lien apparent existe entre la faute du mandataire et le préjudice causé au mandant, c'est au mandataire qu'il appartient de prouver que le préjudice n'a pas été causé par sa faute (4).

669. Le juge du fond décide souverainement si le mandat a été exécuté (5).

Le juge du fait détermine également si la faute du mandataire a causé un préjudice au mandant (6).

preuve). — *Contra* Angers, 9 janv. 1894, S., 95. 2. 15, D., 94. 2. 353 (dossier confié à un avoué).

(1) *Contra* Cass. req., 14 janv. 1896, D., 96. 1. 558.

(2) Cass. req., 27 juin 1894, D., 94. 1. 371 (notaire).

(3) V. *infra*, n. 693 et 694.

(4) Cass. civ., 21 juin 1893, S., 93. 1. 339, D., 94. 1. 191 (si les garanties d'un prêt qu'un notaire a été chargé de négocier sont insuffisantes, le notaire doit prouver que l'insuffisance tient à une dépréciation subie depuis). — V. *supra*, n. 622.

(5) Cass. req., 2 juill. 1900, S., 1901. 1. 445. — Cass. belg., 2 juin 1887, D., 89. 2. 39.

(6) Cass. req., 11 nov. 1885, S., 86. 1. 303. — Cass. req., 27 déc. 1904, S., 1905. 1. 485.

Ainsi le juge du fait détermine souverainement si le notaire a commis une faute (1) et si cette faute a causé un préjudice (2).

SECTION II

OBLIGATION DE RENDRE COMPTE

§ 1. *Des mandataires tenus de rendre compte et des dispenses de rendre compte.*

670. « *Tout mandataire est tenu de rendre compte* », dit l'article 1993.

L'obligation de rendre compte s'applique donc au mandataire légal ou judiciaire comme au mandataire conventionnel (3).

La femme, mandataire de son mari, doit rendre compte(4).

Il en est de même du mari mandataire de sa femme (5); cependant les articles 1539 et 1576 du Code civil font exception à la règle.

671. Pour se soustraire à son obligation de rendre compte, le mandataire ne peut pas soutenir qu'il a entendu agir comme prête-nom d'un tiers (6), à moins cependant que le mandant n'ait connu cette circonstance et ne s'y soit ainsi associé (7).

672. La reddition de compte est inutile quand le mandant exerce un contrôle constant sur le mandataire (8); car alors le compte est, en réalité, rendu au fur et à mesure des opérations.

Ainsi (qu'il soit ou non d'ailleurs un mandataire) le clerc

(1) Cass. req., 21 oct. 1891, S., 95. 1. 447.

(2) Cass. req., 3 fév. 1885, S., 87. 1. 268. — Cass. civ., 26 avril 1887, S., 87. 1. 471. — Cass. civ., 21 oct. 1891, précité.

(3) Paris, 24 janv. 1888, D , 89. 2. 141. — Guillouard, n. 132.

(4) Cass., 18 déc. 1834, S., 36. 1. 849. — Guillouard, n. 132.

(5) Guillouard, n. 132.

(6) Trib. civ. Domfront, 13 mars 1891, *Gaz. Trib.*, 18 avril 1891 (clerc de notaire prête-nom du notaire qui a reçu la procuration).

(7) Trib. civ. Domfront, 13 mars 1891, précité.

(8) Guillouard, n. 132.

de notaire n'a pas à rendre compte au notaire des opérations qu'il fait sous les ordres immédiats de celui-ci (1).

On décide pour la même raison, mais à tort, que les enfants n'ont pas de compte à rendre à leurs parents (2), ni les domestiques à leurs maîtres (3), pour les actes qu'il est d'usage de leur confier.

Dans tous les cas ces diverses personnes ont l'obligation de rendre compte des actes qu'ils ont passés au nom du mandant en dehors de leurs attributions ordinaires (4).

673. Il n'y a évidemment aucun obstacle juridique à ce que le mandant dispense le mandataire de rendre compte (5).

Mais comme, en ne rendant pas compte, le mandataire recevrait une libéralité, le mandant doit être alors capable de faire une libéralité et le mandataire d'en recevoir une (6).

674. La dispense d'employer les formes légales pour la reddition de compte n'est pas une libéralité (7). Elle n'exige aucune capacité spéciale (8).

Elle peut résulter des relations d'affection qui unissent le mandant au mandataire (9).

675. Le mandant qui a donné décharge au mandataire sans avoir reçu de compte, ne peut plus exiger ce compte (10); car il est censé avoir approuvé les allégations du mandataire.

§ II. *Formes de compte.*

676. Les articles 533 et 536 du Code de procédure veulent que tout compte présente le détail des recettes et des

(1) Cass., 11 juin 1839, S., 39. 1. 601. — Nancy, 5 août 1871, D., 72. 2. 77. — Douai, 17 août 1871, S., 72. 2. 264, D., 72, 2. 74. — Guillouard, n. 132.

(2) Cass., 12 janv. 1830, D. *Rép.*, v° *Mandat*, n. 248-2°. — Laurent, XXVII, n. 498; Guillouard, n. 132.

(3) Guillouard, n. 132.

(4) Douai, 17 août 1871, précité (motifs). — Guillouard, n. 132.

(5) Cass., 24 août 1831, S., 31. 1. 316. — Guillouard, n. 133.

(6) Pont, I, n. 1003; Laurent, XXII, n. 496; Guillouard, n. 133.

(7) Guillouard, n. 133.

(8) Guillouard, n. 133.

(9) Cass., 9 janv. 1865, S., 65. 1. 63, D., 65. 1. 160. — Guillouard, n. 133.

(10) *Contra* Nancy, 25 avril 1844, S., 45. 2. 151. — Guillouard, n. 134.

dépenses, et soit accompagné de pièces justificatives. Ces textes, à raison de leur généralité, doivent être appliqués au mandataire (1); ils reposent d'ailleurs sur la nature des choses, car les formalités qu'ils exigent sont nécessaires pour que l'ayant compte puisse exercer un contrôle sur les allégations du rendant compte.

On décide en outre que si le mandataire est commerçant, le mandant peut exiger la production de ses livres (2) et qu'il en est de même si, quoique non commerçant, le mandataire a tenu des livres (3).

677. En dehors de l'action personnelle en reddition de compte, le mandant peut intenter contre le mandataire et ses ayants cause, même à titre particulier, sauf, en ce qui concerne ces derniers (4), l'application des règles de la prescription acquisitive, une action en revendication des objets que le mandataire a acquis pour le mandant, car ces objets sont devenus la propriété du mandant (5).

§ III. *Contenu du compte.*

I. *Principal.*

678. « *Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa* « *gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a* « *reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait* « *reçu n'eût point été dû au mandant* » (art. 1993). L'obligation pour le mandataire de rendre compte au mandant des sommes qu'il a touchées en vertu de sa procuration, alors même qu'elles ont été payées indûment, est fondée sur ce que le mandataire a reçu ces sommes, non pour son propre compte,

(1) Guillouard, n. 131.
(2) Guillouard, n. 134.
(3) Bruxelles, 13 janv. 1820, S. chr. — Guillouard, n. 134.
(4) V. *infra*, n. 696.
(5) Ainsi il a été décidé que le mandant peut revendiquer entre les mains du mandataire les titres au porteur achetés par ce dernier chez un agent de change. Cass. req., 14 mai 1888, D., 89. 1. 257. — V. aussi Wahl, *Tr. des titres au porteur*, II, n. 949.

mais pour celui du mandant dont il est le représentant. Elle n'a donc rien de spécial au mandat; elle est, au contraire, commune à toutes les personnes qui ont agi pour le compte d'autrui — tuteur, envoyé en possession provisoire des biens de l'absent, mandataire judiciaire de l'aliéné non interdit, héritier apparent, locateur de services — et la solution, nous l'avons dit, se justifie par l'idée que le mandataire a agi au nom du mandant et que dans son intention, ainsi que dans celle du tiers avec lequel il a contracté, les valeurs reçues étaient destinées au mandant.

Aussi faut-il décider autrement pour ce que le mandataire aurait reçu par suite d'une erreur matérielle, par exemple une erreur de compte ou de calcul (1). Dans ce cas, le paiement exagéré ne s'adressait pas au mandant, puisqu'il était involontaire, et le mandat n'a été que l'occasion de ce paiement et non pas sa cause efficiente. La situation est, comme on l'a dit (2), la même que s'il s'agissait d'un objet trouvé sur la voie publique par le mandataire au moment où il exécute le mandat.

679. Nous avons déjà examiné le point de savoir si le mandataire doit rendre compte d'un mandat illicite (3).

Dans tous les cas il doit restituer le profit illicite qu'il a pu tirer d'un mandat licite (4). L'article 1993 s'exprime en termes généraux qui interdisent toute restriction; du reste, le mandataire, dans l'opinion contraire, serait obligé de démontrer le caractère illicite du profit pour être dispensé de la restitution, et invoquerait ainsi son propre délit.

680. Le mandataire doit restituer aussi bien les profits

(1) Cass. req., 10 juin 1868, S., 68. 1. 432, D., 69. 1. 318 (garçon de recettes qui a reçu de clients une somme trop forte). — Cass. civ., 24 juill. 1900, S., 1901. 1. 9, D., 1905. 1. 261. — Guillouard, n. 135; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Mandat*, n. 33; Tissier, *Note*, S., 1901. 1. 9 (mais cet auteur décide le contraire, à tort selon nous, pour le locateur de services; il a d'ailleurs raison de dire que le garçon de recettes est un locateur; v. notre *Tr. du louage*, 3e éd., II, n. 1638 s.)

(2) Cass. req., 10 juin 1868, précité. — Guillouard, n. 135.

(3) V. *supra*, n. 454.

(4) Rouen, 7 juin 1878, S., 78. 2. 242. — Troplong, n. 420 s.; Pont, I, 1008 Guillouard, n. 136.

indirects que les profits directs du mandat [1]. C'est une solution traditionnelle [2].

Ainsi le mandataire chargé de vendre un objet pour un prix déterminé et qui le vend pour un prix supérieur ne peut garder la différence et doit rendre compte du tout au mandant [3].

681. Nous avons montré que le mandataire doit compte au mandant des recettes que, par sa faute, il a négligé de faire [4].

II. *Intérêts.*

A. *Point de départ des intérêts.*

682. L'article 1996-1° porte : « *Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi ; et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour qu'il est mis en demeure.* »

La loi ne vise que les sommes employées à l'usage du mandataire. Il ne suffit donc pas que le mandataire ait touché les sommes, il faut qu'il les ait détournées à son profit.

683. La disposition d'après laquelle le mandataire ne doit les intérêts qu'à partir de la mise en demeure a été appliquée à l'agent d'assurances dans l'opinion qui le considère comme un mandataire [5].

Elle s'applique au notaire [6], si on le considère comme un mandataire.

Elle s'applique également au syndic de faillite [7].

L'article 1996-1° s'applique aussi quels que soient les termes du mandat [8].

(1) Guillouard, n. 136.

(2) « *Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere debet* » L. 20, D. *Mand.*, 17. 1. — V. aussi L. 10, § 3, *eod.*

(3) Trib. civ. Seine, 22 mars 1889, *Droit*, 7 avril 1889.

(4) V. *supra*, n. 593 s.

(5) Besançon, 13 juillet 1892, S., 93. 2. 50.

(6) Paris, 16 déc. 1864, D., 65. 2. 191. — Guillouard, n. 140.

(7) Cass., 1er déc. 1841, D., 42. 1. 224. — Guillouard, n. 40.

(8) Cass., 19 déc. 1853, S., 54. 1. 701, D., 54. 1. 26. — Guillouard, n. 140.

684. L'article 1996 s'applique aux intérêts touchés par le mandataire pour le compte du mandant [1], car ce sont des capitaux dans leurs rapports réciproques. C'était déjà la solution de Pothier [2].

685. Les intérêts d'une dette n'auraient dû, sous le Code civil, à raison du principe général de l'article 1153, courir que de la demande en justice. L'article 1996 fait courir cependant les intérêts du jour de la mise en demeure, soit, comme on le prétend, parce que le mandataire est dès ce moment réputé avoir employé les fonds à son usage [3], soit plutôt parce que ces fonds doivent être toujours entre ses mains à la disposition du mandant et que sa négligence à les restituer n'a pas d'excuse. Aujourd'hui, d'ailleurs, et depuis les modifications que la loi du 7 avril 1900 a fait subir à l'article 1153, cette solution est conforme au droit commun.

La mise en demeure peut être faite, puisque la loi n'indique pas de moyen de l'opérer, conformément à l'article 1139 c'est-à-dire « par sommation ou autre acte équivalent »; elle ne peut être faite de toute manière [4].

Ainsi elle peut être faite par sommation [5].

Elle ne peut être faite par simple lettre [6], surtout en matière civile [7].

Une saisie-arrêt faite sur un débiteur du mandataire ne suffirait pas davantage [8].

Il va, d'ailleurs, sans dire qu'une demande en justice fera

(1) Troplong, n. 499; Pont, I, n. 1052; Guillouard, n. 140.

(2) N. 56.

(3) Guillouard, n. 145.

(4) M. Guillouard, n. 145, tout en appliquant l'article 1139, dit que la sommation peut être faite de toute manière.

(5) Bourges, 13 avril 1840, S., 40. 2. 527. — Duranton, XVIII, n. 248; Pont, I, n. 1048; Aubry et Rau, IV, p. 644, § 413, note 8; Laurent, XXVII, n. 512; Guillouard, n. 145.

(6) *Contra* Cass., 15 mars 1821, S. chr. — Cass. req., 30 janv. 1895, D. 96. 1. 61. — Troplong, n. 509; Pont, I, n. 1049; Guillouard, n. 145.

(7) Laurent, XXVII, n. 512. — *Contra* Guillouard, n. 145.

(8) Cass., 21 août 1872, S., 72. 1. 379, D., 73. 1. 113. — Caen, 25 fév. 1846, S., 47. 2. 302, D., 47. 2. 120. — Pont, I, n. 1049; Aubry et Rau, IV, p. 644, § 413, note 8 Laurent, XXXII, n. 515 et 516; Guillouard, n. 145.

également courir les intérêts [1]; elle est plus énergique qu'une simple mise en demeure. Nous en dirons autant des conclusions prises au cours d'une instance, par exemple de l'instance en reddition de compte [2].

686. La mise en demeure ne suffisait, sous l'empire du Code civil, que pour les sommes dont le mandataire « est reliquataire ». Donc si le reliquat n'était pas fixé, on revenait aux principes, et il fallait, pour faire courir les intérêts, une demande en reddition de compte mentionnant en même temps les intérêts à provenir du reliquat [3]. Une demande en reddition de compte ne suffisait pas [4]. Il en était autrement d'une demande en paiement du reliquat puisque, d'après la jurisprudence, la demande du capital, bien que les intérêts n'y fussent pas mentionnés, faisait courir les intérêts [5]. Nous savons que depuis la loi du 7 mars 1900, la mise en demeure suffit.

687. Nous verrons que l'article 1996 ne s'appliquait pas à la restitution des honoraires perçus à tort par le mandataire [6].

688. L'article 1996 ne s'appliquait pas à l'hypothèse où le mandataire avait laissé les fonds sans emploi [7].

Dans ce cas on devait décider que, comme tout débiteur et en vertu du principe général de l'article 1153, il ne devait les intérêts qu'à partir de la demande en justice formée par le mandant.

Cependant certains auteurs, « suivant les circonstances », appliquaient par analogie l'article 455 du Code civil, d'après lequel le tuteur doit faire emploi dans les six mois, et déci-

(1) Cass., 4 août 1880, S., 82. 1. 364.

(2) Cass. civ., 8 juin 1896, S., 97. 1. 178.

(3) Cass., 25 nov. 1873, S., 74. 1. 105. D., 74. 1. 66. — Guillouard, n. 145. — Mais cela n'empêche pas que les intérêts ne puissent courir, la liquidité d'une créance n'étant pas nécessaire pour que cette créance emporte intérêt. — Cass. civ., 16 juin 1903, S., 1905. 1. 260.

(4) Cass., 20 avril 1863, S., 63. 1. 416, D., 64. 1. 40. — Douai, 6 janv. 1849, S., 63. 1. 416 (en note), D., 49. 2. 98. — Guillouard, n. 145.

(5) V. Cass. civ., 16 juin 1903, S., 1905. 1. 260.

(6) V. *infra*, n. 744.

(7) Guillouard, n. 142.

daient qu'après ce délai le mandataire pouvait être condamné aux intérêts, « à titre de dommages-intérêts [1] ».

Aujourd'hui la mise en demeure est, dans ce cas, nécessaire et suffisante.

L'article 1996 ne s'applique pas, aujourd'hui encore, aux intérêts des fonds que le mandataire a omis de toucher pour le mandant : la perte d'intérêts qui résulte de ce retard pour le mandant est à la charge du mandataire [2] ; c'est la réparation directe du préjudice causé par ce dernier.

688 *bis*. Si le tribunal constate, en dehors du défaut d'emploi ou du défaut de restitution des fonds, une faute spéciale chez le mandataire, il peut, d'après la jurisprudence, fixer pour les intérêts un point de départ antérieur à la mise en demeure ou à l'emploi [3].

B. *Prescription des intérêts.*

689. Les intérêts dus par le mandataire en vertu de l'article 1996 ne se prescrivent que par trente ans et non pas par cinq ans [4]. Car ils ne sont pas exigibles, comme ceux auxquels l'article 2277 applique la prescription quinquennale, par termes périodiques et ne peuvent, au contraire, être réclamés qu'après la cessation du mandat.

Mais ils se prescrivent par cinq ans à partir du jour où le compte du mandataire est arrêté [5] et même à partir du jour où le mandat a pris fin.

C. *Taux des intérêts.*

690. Les intérêts sont en principe de 5 p. 100 en matière

(1) Guillouard, n. 142. — Cpr. Pont, I, n. 1042.
(2) Cass. req., 10 juil. 1902, S., 1905. 1. 87.
(3) V. *infra*, n. 690.
(4) Cass., 22 mai 1822, S. chr. — Cass., 7 mai 1845, S., 45. 1. 644, D., 45. 1. 305. — Cass., 7 mars 1887, S., 90. 1. 295, D., 87. 1. 403. — Troplong, *Tr. de la prescr.*, II, n. 1028 ; Leroux de Bretagne, *Tr. de la prescr.*, II, n. 1250 ; Pont, I, n. 1044 ; Guillouard, n. 143 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Tr. de la prescr.*, n. 793. — *Contra* Laurent, XXXII, n. 455.
(5) Guillouard n. 143.

civile [1] et de 6 p. 100 en matière commerciale [2], conformément au droit commun (art. 1153).

Les parties peuvent stipuler un intérêt moins élevé ; elles peuvent aussi stipuler un intérêt plus élevé, soit en matière commerciale, où le taux de l'intérêt est libre, soit même en matière civile, où la limitation du taux de l'intérêt ne s'applique qu'au prêt.

Mais, cette hypothèse d'une convention intervenue entre les parties mise à part, le taux de l'intérêt ne peut être modifié par les tribunaux, car l'article 1153 établit un forfait et considère, pour éviter toute difficulté, que le préjudice causé est toujours égal aux intérêts à 5 ou 6 p. 100. En vain dit-on que l'article 1153 a trait seulement, d'après ses termes, aux obligations « qui se bornent au payement d'une somme d'argent » et non pas aux obligations de faire. Il s'agit bien ici de l'obligation imposée au mandataire d'employer une somme d'argent pour le compte du mandant, c'est-à-dire de la faire fructifier au profit de ce dernier, ce qui équivaut à la payer. Du reste, aucune justification rationnelle ne peut être donnée de l'opinion contraire.

Ainsi le taux de 5 ou 6 p. 100 ne peut être abaissé par les tribunaux [3].

Il ne peut pas davantage être élevé à cause du préjudice causé au mandant [4].

La jurisprudence est en sens opposé sur les deux points.

En tout cas, les intérêts ne peuvent être élevés à raison d'un profit supérieur à 5 ou 6 p. 100 que le mandataire aurait retiré des fonds détournés [5].

691. Pour la question de savoir quel est le taux des intérêts dus par le mandataire en vertu de l'article 1996, on consulte la loi du lieu où le mandataire a employé les fonds

(1) Guillouard, n. 144.

(2) Cass., 7 mai 1845, S., 45.1. 644, D., 35.1. 305. — Guillouard, n. 144.

(3) *Contra* Cass., 11 juil. 1883, S., 84. 1. 323. — Guillouard, n. 144.

(4) *Contra* Cass., 18 déc. 1862, D., 63. 5. 124. — Duranton, XVIII, n. 246; Troplong, n. 504 ; Pont I, n. 1045 ; Aubry et Rau, IV, p. 644, § 413, note 7 ; Laurent, XXVII, n. 510; Guillouard, n. 144. — Comp. Cass. civ., 16 juin 1903, S., 1905. 1. 230.

(5) Guillouard, n. 144.

du mandant et non pas celle du lieu où il a touché ces fonds [1], car c'est dans le premier de ces lieux que le mandataire a commis la faute qui donne lieu aux dommages-intérêts représentés par les intérêts des sommes employées.

§ IV. *Preuve en matière de compte.*

692. Ce qui concerne la preuve en matière de compte a été étudié en partie plus haut à propos de la responsabilité du mandataire [2].

693. C'est au mandant qu'il appartient de démontrer que le mandataire a fait usage des sommes appartenant au mandant [3].

C'est également au mandant qu'il appartient d'établir la date de cet emploi [4]. Si cette date n'est pas établie, on doit supposer qu'elle coïncide avec la cessation de la gestion du mandataire [5].

La première de ces preuves peut être faite par tous moyens, notamment par témoins et présomptions [6] ; il en est de même de la seconde [7].

Le fait que le mandataire a omis de porter une somme en recette ou a simulé une dépense est une présomption qu'il a employé une somme équivalente, appartenant au mandataire, à son usage [8].

694. Le mandant n'a pas à démontrer la nature de l'usage auquel le mandataire a employé ses fonds [9].

(1) Cass., 23 mai 1882, S., 84. 1. 413. — Guillouard, n. 147.
(2) V. *supra*, n. 660 s.
(3) Cass., 5 nov. 1873, S., 74. 1. 60, D., 73. 1. 454. — Caen, 17 mars 1893, *Rec. de Rouen*, 93. 2. 104. — Troplong, n. 503 ; Pont, I, n. 1042 ; Laurent, XXVII, n. 508 et 509 ; Guillouard, n. 141.
(4) Caen, 17 mars 1883, précité. — Guillouard, n. 141.
(5) Laurent, XXVII, n. 509 ; Guillouard, n. 141.
(6) Cass., 27 fév. 1884, S., 84. 1. 213. — Guillouard, n. 141.
(7) Guillouard, n. 141.
(8) Cass., 25 nov. 1873, S., 74. 1. 105, D., 74. 1. 66. — Guillouard, n. 141.
(9) Laurent, XXVII, n. 509 ; Guillouard, n. 141.

§ V. *Prescription en matière de reddition de compte.*

695. L'action en reddition de compte ne se prescrit que par trente ans, conformément au droit commun (1). Le point de départ de la prescription est le jour où les pouvoirs du mandataire ont pris fin (2).

Nous avons parlé plus haut de la prescription des intérêts (3).

696. Aucune prescription ne peut empêcher le mandant de revendiquer entre les mains du mandataire les immeubles détenus par ce dernier pour le compte du mandant (4); car il les détient à titre précaire (C. civ., 2229).

SECTION III

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE VIS-A-VIS DU MANDANT EN DROIT INTERNATIONAL

697. Les obligations du mandataire sont réglées en droit international par la même loi que les obligations dérivant de tout autre contrat. Il y a donc lieu d'appliquer, sauf intention contraire des contractants, la loi nationale du mandant et du mandataire, si les deux parties ont la même nationalité, et, dans le cas contraire, la loi du lieu où le contrat a été passé (5).

Cependant quelques autorités appliquent en toute hypothèse la loi du lieu où le mandat doit être exécuté (6).

(1) Cass., 29 juill. 1828, S. chr. — Pont, I, n. 1014 ; Laurent, XXVII, n. 524, Guillouard, n. 148.

(2) Mêmes auteurs.

(3) V. *supra*, n. 689.

(4) Pont, I, n. 4014 ; Guillouard, n. 148,

(5) Rome, 17 juil. 1886, *Pand. franç.*, 87. 5. 55. — Fœlix, *Dr. int. privé*, n. 105 ; Fiore, *Le dr. int. privé*, 2e éd., trad. Antoine, n. 238 ; Despagnet, *Précis de dr. int. privé*, 3e éd., n. 303; Weiss, *Tr. élém. de dr. int. privé*, 2e éd., p. 635 ; Vincent et Penaud, *Dict. de dr. int. privé*, v° *Mandat*, n. 4 ; Laurent, *Le dr. civ. int.*, VII, n. 454 ; Wahl, *Note*, S., 98. 4. 9 ; Guillouard, n. 34.

(6) Trib. Empire allemand, 16 déc. 1885, *Journ. dr. int.*, XIV, 1887, p. 84 (motifs). — Haute cour d'Angleterre (Banc de la reine , 2 juil. 1890, *Law Time*

Certains auteurs se réfèrent à la loi du domicile du mandant, par le motif que chacun est censé vouloir obéir à la loi qu'il connaît le mieux (1) ; mais on ne s'expliquerait pas que cette considération fût plus vraie dans le mandat que dans tout autre contrat ; et d'ailleurs, si la loi du domicile du mandat est peut-être celle qu'il connaît le mieux, ce n'est pas celle que connaît mieux le mandataire (2).

Pour les mêmes raisons, il faut rejeter l'opinion qui applique la loi nationale du mandant (3).

Dans l'hypothèse où le mandat rentre dans l'exercice de la profession du mandataire et notamment où il est conféré à un commissionnaire de profession, on a proposé d'appliquer la loi du lieu où le commissionnaire est établi, parce qu'on doit supposer que ce dernier a entendu être régi, pour tous ses contrats, par une loi unique (4). Mais cette présomption n'est pas plus vraisemblable ici que dans les autres hypothèses ; d'ailleurs ce n'est pas seulement l'intention du mandataire qu'il s'agit de connaître, mais aussi celle du mandant (5).

698. C'est notamment la loi nationale des parties, ou la loi du contrat, qui sert à déterminer si le mandataire a le droit de se constituer contre-partie de son client (6).

699. Le contrat qui se forme, par l'exécution du mandat, entre le mandant et un tiers, est régi, par application des mêmes principes, suivant les règles en vigueur soit au pays du mandant et du tiers, s'ils appartiennent à la même nationalité, soit, dans le cas contraire, au lieu où le contrat s'est formé (7).

Si donc le mandataire s'est constitué contre-partie, et qu'il n'appartienne pas à la même nationalité que le mandant,

reports, 1er nov. 1890, p. 275. — Haute cour d'Angleterre, 25 oct. 1890 (cour d'appel), *ibid.*, 7 fév. 1891, p. 739. — Trib. sup. Colmar, 27 mars 1896, S., 98. 4. 9.

(1) Albéric Rolin, *Princ. de dr. int. privé*, III, n. 1389 et 1390.

(2) Wahl, *loc. cit.*

(3) Hambourg, 21 mai 1889, *Journ. dr. int.*, XVIII, 1891, p. 572.

(4) Rolin, *op. cit.*, III, n. 1389.

(5) Wahl, *loc. cit.*

(6) Wahl, *loc. cit.* — *Contra* Trib. sup. Colmar, 27 mars 1896, précité.

(7) V. *infra*, n. 794 s.

c'est généralement la loi du lieu où réside le mandataire qui régira ce contrat, car c'est ordinairement dans ce lieu qu'il se formera [1].

CHAPITRE IX

OBLIGATIONS DU MANDANT VIS-A-VIS DU MANDATAIRE

700. Les obligations du mandataire naissent directement du contrat de mandat ; aussitôt que le contrat est parfait, il se trouve obligé de remplir la mission dont il s'est chargé. Les obligations du mandant au contraire, sauf exception peut-être pour l'obligation de payer le salaire, ne naissent pas directement du contrat, mais de certains faits postérieurs qui peuvent ne pas se produire. Aussi les Romains appelaient-ils *directa* l'action qui appartient au mandant contre le mandataire, et *contraria* celle qui appartient au mandataire contre le mandant.

701. Dans le cas où le mandant a agi comme administrateur des biens d'autrui, c'est l'administré qui contracte, vis-à-vis du mandataire choisi par le mandant, les obligations du mandant. Nous nous sommes déjà occupés de ce point [2].

Nous nous sommes également occupés de la situation du mandant et du mandataire vis-à-vis du substitué [3].

702. Le mandant peut avoir deux obligations vis-à-vis du mandataire ; il doit : 1° indemniser le mandataire de tout le préjudice qu'a pu lui causer l'exécution du mandat ; 2° lui payer le salaire convenu.

SECTION PREMIÈRE

OBLIGATION DE RENDRE LE MANDATAIRE INDEMNE

703. Le mandant est tenu de rendre le mandataire complètement indemne de toutes les suites de l'exécution du

(1) Wahl, *Note*, S., 98. 4. 9.
(2) V. *supra*, n. 592.
(3) V. *supra*, n. 566 s.

mandat. Cette obligation existait en droit romain [1] et dans l'ancien droit [2].

Cette obligation se divise de la manière suivante :

1° Obligation de rembourser au mandataire ses avances et ses frais ;

2° Obligation d'indemniser le mandataire des pertes éprouvées dans sa gestion ;

3° Obligation de décharger le mandataire des obligations qu'il a contractées.

§I. *Obligation de rembourser au mandataire ses avances et ses frais.*

I. *Montant et conditions du remboursement.*

A. *Principal.*

704. « *Le mandant doit rembourser au mandataire les avan-* « *ces et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du man-* « *dat* » (art. 1999, al. 1er).

Le mandant ne peut refuser au mandataire le remboursement de ses avances, sous prétexte que l'affaire n'a pas réussi ; car le mandataire ne s'est pas engagé à faire réussir l'affaire, mais seulement à faire son possible pour obtenir ce résultat. Il ne peut donc être responsable de l'insuccès qu'autant qu'il est en faute pour n'avoir pas apporté à la conclusion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille. C'est ce que dit l'article 1999, alinéa 2 : « *S'il n'y a aucune faute imputable* « *au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire* « *ces remboursement et paiement, lors même que l'affaire* « *n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais* « *et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres.* »

705. Il résulte de l'article 1999 que le remboursement doit être intégral [3], puisqu'il ne peut être refusé même si l'affaire n'a pas réussi. Du reste, les travaux préparatoires sont en ce sens [4].

[1] L. 12, § 9, *Mand.*, 17. 1.
[2] Pothier, n. 68 s. ; Domat, liv. I, tit. XV, sect. 2, § 2.
[3] Guillouard, n. 53.
[4] Rapport de Tarrible au Tribunat, Fenet, XIV, p. 605.

Mais il résulte aussi de l'article 1999, alinéa 2, que le remboursement des avances peut n'être pas intégral si le mandataire a commis une faute en faisant ces avances.

Ainsi les dépenses qui se sont trouvées être exagérées, notamment parce qu'elles n'ont pas été faites à un moment opportun, ne doivent être remboursées qu'en partie (1). Pothier (2) et Domat (3) disaient déjà que les dépenses « raisonnables » doivent seules être remboursées. Il en était de même en droit romain (4). Si, par exemple, comme le disaient le droit romain (5) et Pothier (6), le mandataire chargé d'acheter *du blé* achète du blé *de la meilleure espèce,* il ne doit être remboursé que de la valeur d'une pareille quantité de blé de qualité moyenne (7).

Il en est de même si les dépenses ont été faites de manière à empêcher l'opération de réussir (8).

Dans tous ces cas les tribunaux jugent souverainement de la portion des dépenses qui doit rester à la charge du mandataire (9); ils peuvent même laisser à sa charge la totalité des dépenses (10).

706. De même encore le mandant n'est pas forcé de rembourser au mandataire le prix d'un achat fait pour une somme supérieure à celle qu'il avait indiquée (11).

Il faut décider également que le mandataire n'a pas droit au remboursement des dommages-intérêts dont il a été déclaré débiteur envers les tiers à l'occasion du mandat (12), ou

(1) Cass., 15 mars 1821, S. chr. — Amiens, 21 nov. 1823, D. *Rép.*, v° *Mandat*, n. 327. — Rouen, 16 fév. 1829, S. chr. — Trib. Anvers, 27 juin 1884, *Jurispr. d'Anvers*, 84. 1. 313, *Anal. journ. dr. int.*, XIII, 1886, p. 366. — Pont. I, n. 1087 ; Laurent, XXVIII, n. 8 et 10 ; Guillouard, n. 154.

(2) N. 78.

(3) Liv. I, tit. XV, sect. 2, § 2.

(4) L. 52, D., *Mand.*, 17. 1.

(5-6) *Loc. cit.*

(7) Guillouard, n. 154.

(8) Mêmes autorités.

(9) Guillouard, n. 154.

(10) Guillouard, *loc. cit.*

(11) Trib. com. Le Havre, 9 janv. 1894, *Rec. du Havre*, 94. 1. 43. — V. *suprà*, n. 649.

(12) L. 16, § 6, D., *Mand.* — Eck, *loc. cit.*

des amendes qu'il a dû payer pour avoir mal exécuté le mandat (1).

Toutefois il en est autrement si ces dommages-intérêts ont été encourus par la faute du mandant (2), ou s'ils sont la suite nécessaire de l'exécution du mandat (3).

D'autre part le mandataire a une action de gestion d'affaires contre le mandant pour le profit que ce dernier a retiré de l'acte passé (4), car cette action est accordée même aux tiers étrangers. Pothier était en ce sens (5).

707. Les dépenses utiles doivent être remboursées pour la totalité aussi bien que les dépenses nécessaires (6).

Les dépenses inutiles ne sont pas sujettes à remboursement (7).

708. Nous examinerons plus loin si les dépenses sont sujettes à remboursement alors même qu'elles sont faites après le décès du mandant (8).

Nous avons déjà montré qu'elles ne sont pas, en principe, sujettes à remboursement en cas de mandat illicite (9).

B. *Intérêts.*

a. *Point de départ des intérêts.*

709. « *L'intérêt des avances faites par le mandataire lui* « *est dû par le mandant à dater du jour des avances consta-* « *tées* » (art. 2001). L'intérêt court de plein droit; c'est une dérogation à la règle de l'article 1153, alinéa 3 ; conforme au droit romain (10), cette solution se justifie par l'idée que,

(1) Trib. com. Rouen, 24 nov. 1888, *Rev. dr. marit.*, 86. 420 (amendes en matière de douane).

(2) Eck, *loc. cit.*

(3) Le code général prussien (I, XIII, § 80 et 81) décidait le contraire.

(4) Troplong, n. 298 s. ; Aubry et Rau, IV, p. 651, § 415, note 6 ; Guillouard, n. 203.

(5) N. 177.

(6) Guillouard, n. 155.

(7) Domat, *loc. cit.* ; Guillouard, n. 155.

(8) V. *infra*, n. 863 s.

(9) V. *supra*, n. 458.

(10) L. 1, § 9, D., *Mand.*, 17. 1.

le mandat étant gratuit par sa nature, le mandataire doit être complètement indemnisé du mandat (1).

L'intérêt court du jour des « avances constatées », c'est-à-dire du jour où, d'après les constatations des parties ou du juge, les avances ont été faites (2).

Même, si le mandataire a été obligé de tenir des fonds à la disposition des créanciers, les intérêts lui sont dus immédiatement quoiqu'il n'ait livré les fonds que plus tard, puisqu'il doit être complètement indemnisé (3).

Mais sur ces divers points la convention contraire est permise.

710. Le notaire, en tant qu'il dresse acte d'une convention, n'est pas le mandataire des parties. Le notaire ne peut donc pas invoquer l'article 2001 pour réclamer l'intérêt des avances qu'il fait en cette qualité au nom de ses clients. Cependant la jurisprudence, considérant le notaire comme un mandataire, lui applique logiquement l'article 2001 (4).

En partant de ce même point de vue, la plupart des auteurs permettent au notaire d'invoquer l'article 2001 pour les avances qu'il a faites des droits d'enregistrement (5).

La jurisprudence décide avec plus de raison le contraire (6); car à supposer même que le notaire en principe soit un mandataire, il ne l'est pas quand il fait l'avance des droits d'enregistrement; il obéit à une obligation personnelle

(1) Troplong, n. 674 ; Laurent, XXVIII, n. 11 ; Guillouard, n. 156.

(2) Pont, I, n. 1092 ; Laurent, XXVIII, n. 12 ; Guillouard, n. 156.

(3) Cass., 31 déc. 1845, S., 46. 1. 616, D., 47. 4. 307. — Troplong, n. 677 ; Pont, I, n. 1093 ; Laurent, XXVIII, n. 12 *bis* ; Guillouard, n. 157.

(4) Cass., 31 déc. 1845, S., 46. 1. 616, D., 47. 4. 307. — Pau, 28 fév. 1867, S., 68. 2. 185, D., 67. 2. 243. — Trib. civ. Périgueux, 15 juin 1889, *Rev. du not.*, 89. 712, *Gaz. Pal.*, 89. 2. 454. — Guillouard, n. 160. — Le contraire est décidé pour les frais d'actes. Trib. civ. Amiens, 8 nov. 1888, *Rec. Amiens*, 88. 231.

(5) Grenoble, 14 juill. 1838, S., 39. 2. 134. — Riom, 8 déc. 1838, S., 39. 2. 419. — Pont, I, n. 1096; Laurent, XXVIII, n. 17; Guillouard, n. 160; Planiol, II, n. 2249, note.

(6) Cass., 30 mars 1830, S. chr. — Cass., 24 juin 1840, S., 40. 1. 503. — Cass., 18 mars 1850, S., 50. 1. 381, D., 59. 1. 101. — Cass., 24 janv. 1853, S., 53. 1. 180, D., 53. 1. 29. — Orléans, 2 déc. 1853, S., 55. 2. 298. — Grenoble, 17 déc. 1858, S., 59. 2. 433. — Trib. civ. Périgueux, 15 juin 1889, précité. — Troplong, n. 684; Larombière, *Th. et prat. des oblig.*, I, art. 1153, n. 35.

que lui impose l'article 29 de la loi du 22 frimaire an VII; et objecter que l'article 29 suppose un « mandat tacite » du client, c'est commettre une erreur certaine : le notaire a si peu un mandat tacite de son client que ce dernier ne peut le dispenser du payement des droits d'enregistrement. La vérité est que si ce payement peut être exigé du notaire, c'est pour assurer le recouvrement des droits et pour inviter le notaire à se faire consigner d'avance ces droits par les parties.

Quand le notaire paye les droits de mutation par décès en vertu d'un mandat des parties, il a droit aux intérêts dès le jour des avances (1). Ceci est exact même dans notre opinion ; le notaire n'est pas forcé par la loi de faire l'avance des droits de succession ; s'il les paye, parce qu'il a été chargé par les parties de les payer, il accomplit un mandant conféré par ces dernières.

711. La jurisprudence décide également que l'avoué n'a pas droit aux intérêts de ses avances dès le jour où elles sont faites (2) ; mais il est difficile de l'approuver sur ce dernier point. A la différence du notaire, l'avoué est le mandataire de ses clients ; il les représente en justice ; on ne voit donc pas pourquoi il ne pourrait pas invoquer l'article 2001. En vain dit-on que l'avoué est un mandataire d'une espèce particulière ; cela n'a pas de sens. En vain ajoute-t-on que le tarif des honoraires est fixé par les textes législatifs, qui ne prévoient pas l'allocation d'intérêts. Ces textes n'avaient pas à parler d'intérêts, puisqu'ils ne se proposaient pas de rappeler les principes du droit commun.

On décide aussi que le client doit compte des intérêts à l'avoué, à partir du jour où les intérêts courent à son profit contre son adversaire, parce que le client ne peut s'enrichir

(1) Trib. civ. Seine, 16 janv. 1894, *Rép. gén. not.*, 1894, art. 7644, p. 190.

(2) Cass. civ., 23 mars 1819, S. chr , D. *Rép.*, v° *Avoué*, n. 125. — Cass. req., 14 janv. 1868, S., 68. 1. 179, D., 68. 1. 130. — Cass. civ., 21 août 1872, S., 72. 1. 379, D., 73. 1. 113. — Rennes, 28 mars 1851, S., 52. 2. 571, D., 53. 2. 16. — Nancy, 8 janv. 1852, S., 52. 2. 571, D., 53. 2. 16. — Douai, 29 déc. 1852, S., 53. 2. 559, D., 53. 5. 297. — Larombière, *Th. et prat. des oblig.*, I, art. 1153, n. 35; Guillouard, n. 161. — *Contra* Pont, I, n. 1111 ; Laurent, XXVIII, n. 16; Garsonnet, *Tr. de proc.*, I. p. 369, § 93, note 16.

aux dépens de l'avoué [1]. Cela nous paraît peu logique.

Dans tous les cas, l'avoué a droit immédiatement aux intérêts des avances qu'il a faites, non pas en sa qualité d'avoué, mais en vertu d'un mandat spécial conféré par les parties [2].

b. *Taux des intérêts.*

712. Comme les intérêts dus par le mandataire, ceux qui sont dus par le mandant sont de 5 0/0 en matière civile et de 6 0/0 en matière commerciale [3]. Ce taux peut être diminué par la convention; il peut être également augmenté soit en matière commerciale, soit même en matière civile. Nous nous référons sur ces points aux développements donnés à propos des intérêts dus par le mandataire.

Mais, à défaut de convention, un taux différent ne peut être adopté par le tribunal; nous ne croyons pas que cette solution puisse prêter aux difficultés qui se sont élevées sur le taux des intérêts dus par le mandataire, car il s'agit ici incontestablement d'une obligation de somme d'argent.

c. *Intérêts des intérêts.*

713. Les intérêts ne portent pas eux-mêmes des intérêts, car il est de règle que les intérêts ne portent pas intérêts de plein droit [4].

II. *Extinction de l'action en remboursement.*

714. Le mandataire peut renoncer aux intérêts de ses avances : cette renonciation ne constitue pas une donation; la situation du mandataire est alors analogue à celle d'un prêteur sans intérêts; il en est surtout ainsi si, le mandat

(1) Nîmes, 23 fév. 1832, S., 33. 2. 103. — Guillouard, n. 161.

(2) Larombière, *op. cit.*, I, art. 1153, n. 35; Pont, I, n. 1111; Laurent, XXVIII, n. 16; Guillouard, n. 161.

(3) Cass., 18 févr. 1836, S., 36. 1. 940. — Bordeaux, 17 janv. 1839, S., 45. 1. 644 (en note).

(4) Metz, 12 fév. 1857, sous Cass., 23 nov. 1858, S., 59. 1. 597, D., 59. 1. 131. — Pont, *loc. cit.*; Laurent, *loc. cit.*; Guillouard, *loc. cit.*

étant salarié, le mandataire fait cette renonciation à raison des profits que doit lui procurer le mandat (1).

Il n'y a pas non plus donation si le mandataire salarié renonce au remboursement du capital de ses avances (2); mais la solution sera différente pour le mandataire non gratuit.

715. L'action en remboursement du capital se prescrit par trente ans (arg. art. 2262).

Aussi bien que les intérêts dus par le mandataire, on décide que les intérêts dus par le mandant ne se prescrivent que par trente ans et non pas par cinq ans, parce qu'ils ne sont pas exigibles tant que le compte n'est pas arrêté (3). L'opinion contraire nous paraît préférable, car le mandataire peut exiger le montant de ses avances dès le jour où il les a faites.

En vain objecte-t-on que le mandant a pu ignorer les avances, il appartenait au mandataire de les lui faire connaître.

Quoi qu'il en soit, ce dernier argument a conduit à décider que la prescription de cinq ans est applicable à partir du jour où le mandant a connu les avances et leur montant (4).

En tout cas la prescription de cinq ans court, comme pour les intérêts dus par le mandataire, à partir du jour où le compte est arrêté (5).

III. *Mode de payement des avances.*

716. Le mandataire peut retenir ses avances sur les capitaux qu'il détient pour le mandant, en opposant la compensation à ce dernier.

717. Le mandataire peut de même retenir les intérêts qui lui sont dus sur les capitaux qu'il reçoit pour le compte du mandant (6).

(1) Cass., 11 juin 1855, S., 57. 1. 282, D., 55. 1. 420 (commissionnaire).

(2) Cass., 11 juin 1855, S., 57. 1. 282, D., 55. 1. 420.

(3) Cass., 18 fév. 1836, S., 36. 1. 940. — Cass., 7 nov. 1864, S., 65. 1. 74, D., 65. 1. 166. — Cass., 12 mars 1878, S., 81. 1. 71, D., 78. 1. 273. — Rouen, 4 mai 1843, S., 43. 2. 494. — Guillouard, n. 158.

(4) Amiens, 14 juin 1871, S., 71. 2. 217, D., 72, 2. 58. — Guillouard, n. 158.

(5) Amiens, 14 juin 1871, S., 71. 2. 217, D., 72. 2. 58. — Pont. I, n. 1099; Aubry et Rau, IV, p. 648, § 414, note 2; Guillouard, n. 158.

(6) Metz, 12 fév. 1857, sous Cass., 23 nov. 1858, S., 59. 1. 597, D., 59. 1. 131. — Pont, I, n. 1100; Laurent, XXVIII, n. 21; Guillouard, n. 159.

IV. *Lieu de remboursement des avances.*

717 *bis*. Les avances sont, comme toutes dettes, payables au domicile du débiteur c'est-à-dire du mandant et non du mandataire (1).

V. *Preuve en matière d'avances.*

718. Le mandataire doit démontrer ses avances (2) ; le mandant doit prouver qu'il les a remboursées (3) ou qu'elles ont été faites avec ses propres fonds (4).

719. C'est également au mandataire qu'il appartient, en cas de difficultés, d'établir le jour où les avances ont été faites (5).

§ II. *Obligation d'indemniser le mandataire des pertes éprouvées dans la gestion.*

720. « *Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des* « *pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion,* « *sans imprudence qui lui soit imputable* » (art. 2000).

Si le code a pris la peine d'exprimer cette solution, qui est d'évidence, c'est qu'elle était partiellement rejetée en droit romain, à cause du caractère essentiellement gratuit du mandat. Le mandant n'avait à restituer que les pertes causées directement par la gestion du mandataire, et non pas les pertes provenant d'un cas fortuit (vol, naufrage, maladie, etc.) arrivé au cours de cette gestion (6). Mais l'ancien droit avait repoussé cette dernière restriction en tirant argument *a fortiori* de la solution admise en matière de société (7) et en appuyant précisément cet argument sur le caractère gratuit du mandat; toutefois divers arrêts adoptaient encore la solution du droit romain.

(1) *Contra* Trib. com. Marseille, 18 avril 1899, *Rec. Marseille*, 99. 1. 266.
(2) Cass. req., 12 mai 1886 (motifs), S., 90. 1. 326. — Cass. req., 28 juin 1904. D., 1904. 1. 520.— Pont, I, n. 1089.
(3) Cass. req., 12 mai 1886, précité.
(4) Cass. req., 12 mai 1886, précité.
(5) Guillouard, n. 156.
(6) L. 26, § 6, D., *Mand.*, 17. 1.
(7) Domat, liv. I, tit. XV, sect. 2, n. 8. — V. cep. Pothier, n. 76.

Le mandataire a, par exemple, droit à une indemnité si, dans le cours d'une opération ou d'un voyage faits pour exécuter le mandat, il est personnellement victime d'un accident (1), d'un vol (2) ou d'un naufrage (3).

Aux lésions corporelles, il faut asssimiler la mort même du mandataire (4) ; l'article 2000, en effet, ne distingue pas. On n'objectera pas qu'en ce cas le droit n'a pu naître dans la personne du mandataire ; car, outre qu'il en est autrement dans le cas où la mort n'a pas été immédiate et a été la conséquence d'une blessure ou d'une maladie, l'article 2000 n'exige aucunement que les héritiers du mandataire trouvent dans le patrimoine de leur auteur l'action qu'ils intentent sur le fondement de l'article 2000.

720 *bis*. Peu importe que la perte ne se soit révélée qu'après la fin du mandat, dès lors qu'elle se rattache à l'exécution du mandat (5). Ainsi l'agent de change qui, même après avoir rendu compte du mandat de vendre des titres, est obligé, par suite d'une opposition, de restituer les titres à un tiers, auquel ils avaient été volés, a une action en remboursement contre son mandant (6).

721. Il va sans dire que si le cas fortuit est arrivé par la faute du mandataire, il n'a droit à aucune indemnité (7). C'est ce qu'indique l'article 2000 en subordonnant le remboursement à l'absence d'une imprudence imputable au mandataire.

Ainsi l'agent de change chargé de vendre des titres, et qui a été obligé de les restituer à un tiers opposant, n'a pas de recours contre son mandant si l'opposition n'a pu être effi-

(1) Paris, 14 août 1852, D., 53. 2. 75. — Guillouard, n. 174. — Ainsi, à supposer que le capitaine d'un navire puisse invoquer l'art. 2000, il aura droit à indemnité pour la perte d'un membre. Charvériat, *Ann. dr. comm.*, II, 1888, *Doctr.*, p. 14.

(2) Guillouard, n. 174.

(3) Guillouard, n. 174 ; Charvériat, *op. cit.*, p. 13 (perte par le capitaine de ses vêtements dans un naufrage).

(4) Charvériat, *op. cit.*, p. 16.

(5) Paris, 26 juil. 1895, S., 97. 2. 305. — Paris, 3 déc. 1902, S., 1904. 2. 289, D., 1904. 2. 418. — Wahl, *Note*, S., 1904. 2. 291.

(6) Paris, 26 juil. 1895 et 3 déc. 1902 précités. — Wahl, *loc. cit.*

(7) Guillouard, n. 175.

cace qu'à raison du retard apporté par l'agent de change à l'accomplissement des formalités qui auraient empêché l'opposition [1].

722. L'indemnité est due alors même que le mandat n'a procuré aucun profit au mandant [2]; outre qu'on peut invoquer par analogie l'article 1999, qui le décide ainsi pour le paiement des avances et du salaire, l'article 2000 ne distingue pas.

723. Le mandataire salarié peut réclamer une indemnité dans les mêmes cas que le mandataire gratuit [3], car l'article 2000 ne distingue pas. On a aussi invoqué par analogie l'article 1852, qui donne la même solution dans un autre contrat intéressé, le contrat de société.

Ainsi, en supposant que le capitaine soit le mandataire de l'armateur, il peut invoquer l'article 2000 [4].

Cela est, d'ailleurs, difficile à justifier.

Mais l'article 2000 n'est pas applicable aux locateurs d'ouvrage (gardes-champêtres, employés de chemins de fer, etc.) qui sont blessés par un tiers dans l'exercice de leurs fonctions.

Rien n'empêche, d'autre part, que l'article 2000 ne soit écarté par la convention [5].

724. La question de savoir soit si la perte provient d'une faute ou d'un cas fortuit, soit si ce cas fortuit est le résultat de la faute du mandataire, est une question de fait [6].

724 *bis*. La prescription de l'action du mandataire est de trente ans, conformément au droit commun, à partir du jour où la prestation qui donne lieu à l'action en remboursement a été faite [7].

(1) Paris, 3 déc. 1902, précité. — Wahl, *loc. cit.*
(2) Guillouard, n. 174.
(3) Troplong, n. 672 ; Guillouard, n. 174.
(4) Charvériat, *Ann. dr. comm.*, II, 1888, *Doctr.*, p. 13 ; Filleau, *Tr. de l'engagement des équipages*, 2e éd., p. 279.
(5) Charvériat, *op. cit.*, p. 17, note 3.
(6) Guillouard, n. 175.
(7) Paris, 3 déc. 1902, S., 1903. 2. 280, D., 1904. 2. 418.

§ III. *Obligation de décharger le mandataire des obligations qu'il a contractées.*

725. Le droit romain et l'ancien droit ajoutaient une autre obligation aux obligations que nous avons étudiées, celle de décharger le mandataire des obligations prises pour le compte du mandant [1] : cette solution est encore vraie soit dans le cas où le mandataire a accessoirement contracté en son propre nom des obligations en vue du mandat [2], soit dans le cas où il est prête-nom [3].

En dehors de ces hypothèses, il ne peut être question de cette décharge, puisque le mandant est, à l'exclusion du mandataire, directement obligé vis-à-vis des tiers [4].

Mais le mandataire peut en tout cas exiger une décharge pour les objets qu'il a recueillis pour le compte du mandant et doit les restituer [5].

SECTION II

OBLIGATION DE PAYER LE SALAIRE DU MANDATAIRE

§ I. *Des cas dans lesquels le mandat est salarié.*

726. Après avoir dit que le mandant doit rembourser au mandataire les avances et les frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, l'article 1999 alinéa 1er ajoute : « *et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis* ». L'article 1986 dit également : « *Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire.* »

A Rome le mandat était essentiellement gratuit [6] ; et c'est en cela, nous le savons, qu'il se distinguait du louage

(1) Pothier, n. 68, 80 et 81.
(2) Guillouard, n. 150.
(3) V. *infra*, n. 880 s.
(4) V. *infra*, n. 772 s.
(5) Cass. req., 21 mai 1900, D., 1901. 1. 265. — V. pour le droit de rétention, *infra*, n. 763 s.
(6) L. 1, § 4, L 6 et 7, D., *Mand.*, 17. 1. — § 13, Inst., *De mand.*, 3. 27.

d'ouvrage. On avait fini par admettre que le mandataire pouvait stipuler des honoraires, mais ces honoraires, qui n'étaient pas un prix, devaient n'être pas l'équivalent du service rendu et étaient exigés non par l'action du mandat, mais par une *persecutio extra ordinem* (1).

Dans l'ancien droit, le mandat était encore considéré comme essentiellement gratuit (2) et l'honoraire ne devait pas être le prix du service ; le mandant devait, malgré le salaire, de la reconnaissance au mandataire (3). C'est, comme dans le droit romain, en cela que le mandat se distinguait du louage d'ouvrage.

Aussi le mandat salarié était considéré par beaucoup d'auteurs comme un louage d'ouvrage (4).

On voit par l'article 1986 que la gratuité n'est plus que de la *nature* du mandat et c'est ce que constatent les travaux préparatoires du Code civil (5). En d'autres termes, le contrat ne cessera pas d'être un mandat, parce qu'un salaire aura été alloué au mandataire (6). C'est une innovation considérable. L'allocation d'un salaire au mandataire est très fréquente dans la pratique : en fait les mandats les plus importants sont salariés.

Aujourd'hui donc le mandataire ne perd pas son caractère si le salaire est l'équivalent du service rendu (7) ; c'est par d'autres caractères que le mandat se distingue du louage d'ouvrage (8).

727. La convention qui fixe le salaire peut être tacite ; car la loi n'exige pas une convention expresse et cette exi-

(1) L. 6 et 7, D., *Mand.*, 17. 1. — L. 1, C., *Mand.*, 4. 35.

(2) Domat, liv. III, tit. XV, sect. 2, n. 1; Pothier, n. 22. — Cependant Pothier admet que le mandat *ad litem* est salarié (n. 125).

(3) Pothier, n. 23.

(4) Argou, II, p. 350, liv. III, ch. XXXVII. — Durand de Maillane (*Instit. du dr. canon.*, VI, 1770, liv. III, tit. II, p. 309) dit que le contrat participe du louage.

(5) Discours de Berlier au Conseil d'État, 3 mars 1804, Locré, XV, p. 234 ;

(6) V. cep. Planiol, II, n. 2234, d'après lequel le mandat se double alors d'un louage d'ouvrage.

(7) Pont, *Rev. dr. franç. et étr.*, V, 1848, p. 50 ; Guillouard, n. 10 *bis*.

(8) V. *supra*, n. 377 s.

gence ne se comprendrait pas [1]. Quand la loi entend exiger une convention expresse, elle le dit (C. civ. art. 1202 et 1273). On ne peut attacher d'importance à l'Exposé des motifs, qui montre les inconvénients qu'aurait la gratuité si l'on ne pouvait y déroger par une stipulation expresse [2]. En bonne législation même, comme nous l'avons montré, le mandat devait être salarié par nature [3].

Mais il faut des circonstances particulières, à raison de la disposition de l'article 1986, pour que le mandat soit réputé salarié [4].

728. Le mandat est réputé salarié en matière commerciale, parce qu'il est de règle que les opérations commerciales n'ont pas lieu gratuitement [5].

729. Les missions confiées à des personnes qui exercent des professions lucratives doivent, si elles rentrent dans l'exercice de cette profession, être présumées salariées [6].

Tel est l'avoué [7].

L'avoué a droit à des émoluments établis par un tarif légal (Décret 16 fév. 1807, art. 67 s. et 147 s.).

En dehors des actes de son ministère, il a le droit de réclamer des honoraires pour tous les soins qu'il prend et les démarches qu'il fait [8].

[1] Cass. req., 1er déc. 1891, S., 93. 1. 497, D., 92. 1. 209 (motifs). — Trib. paix Paris, 31 janv. 1902, *Gaz. Pal.*, 1902. 2. 137. — Aubry et Rau, IV, p. 635, § 410, note 8 ; Laurent, XXVII, n. 311 ; Guillouard, n. 11, 13 et 163 ; Labbé, *Note*, S., 93. 1. 498.

[2] Fenet, XIV, p. 584.

[3] V. *supra*, n. 363.

[4] Le mandat à un cohéritier d'administrer les biens laissés dans l'indivision doit être réputé gratuit. — Grenoble, 3 juil. 1894, *Rec. Grenoble*, 94. 253. — De même le cessionnaire d'une étude, qui se charge de faire les recouvrements de son prédécesseur, est censé avoir accepté gratuitement ce mandat. — Nancy, 25 mai 1895, *Rec. Nancy*, 95. 176.

[5] Rouen, 9 mars 1889, *Rec. Rouen*, 89. 21. — Troplong, n. 229 ; Pont, I, n. 885 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. com.*, II, n. 412 ; Guillouard, n. 11.

[6] Aubry et Rau, IV, p. 635, § 410, note 8 ; Labbé, *Note*, S., 93. 1. 498 ; Guillouard, n. 11 et 13 et *Tr. du contr. de louage*, II, n. 696.

[7] Cass. req., 5 janv. 1869, S., 69. 1. 81, D., 69. 1. 127. — Cass. req., 1er fév. 1870, S., 70. 1. 152. D., 70. 1. 307. — Lyon, 8 nov. 1860, S., 61. 2. 15. — Bordeaux, 18 août 1864, S., 65. 2. 46. — Bordeaux, 18 janv. 1872, S., 72, 2. 50, D., 73. 2. 98. — Guillouard, n. 11.

[8] Cass. civ., 16 déc. 1818, S. chr. D. *Rép.*, v° *Avoué*, n. 132. — Cass. req.,

Mais il n'a pas, en dehors du tarif, droit à des honoraires spéciaux pour les actes rentrant dans son ministère, si difficiles qu'ils aient été en fait (1).

Tels sont encore :

L'huissier (2) ;

L'arbitre (3) ;

L'agent d'affaires (4).

Toutefois, comme les règlements de l'ordre des avocats ne permettent pas, en général, aux avocats d'accepter une rémunération, on doit admettre que le mandat confié, en dehors de l'exercice de la profession, à un avocat n'est pas salarié (5).

730. Le notaire a, de plein droit, droit à des honoraires pour les actes qu'il rédige (6). Le tarif en est aujourd'hui réglé par les décrets du 25 août 1898.

Mais les notaires ont-ils également droit, sans stipulation, à des honoraires pour les missions que leur confient leurs clients, en dehors de la rédaction des actes : conservation ou placement de fonds, prise ou renouvellement d'inscriptions hypothécaires, transcription d'actes, conservation d'actes sous seing privé et notamment de testaments olographes?

5 janv. 1869, S., 69. 1. 81, D., 69. 1. 127. — Cass. req., 1er fév. 1870, S., 70. 1. 152, D., 70. 1. 307. — Cass., 21 juin 1870, S., 70.1.358. — Cass. civ., 25 avr. 1901, S., 1901. 1. 261. — Paris, 13 mars 1869, D., 70. 5. 36. — Amiens, 26 janv. 1899, *Loi*, 20 avr. 1899 (mandat d'exécuteur testamentaire). — Trib. civ. Lyon, 23 nov. 1894, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 40, *Pand. franç.*, 95. 2. 123. — Garsonnet, *Tr. de proc.*, I, p. 369, § 93, texte et note 17.

(1) Agen, 2 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 93.1. 353 (direction d'un procès). — *Contra* Alger, 2 déc. 1890, *Rec. proc. civ.*, 91. 179. — Mais s'il remplit en outre les fonctions de l'avocat ou toutes autres fonctions qui sortent de son ministère, il a le droit d'exiger des honoraires de plaidoirie. — Cass., 15 janv. 1869, S., 69. 1. 81, D., 69. 1. 127. — Trib. civ. Marseille, 6 août 1864, *Journ. des avoués*, 65. 28. — Trib. civ. Château-Chinon, 16 nov. 1895, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 530. — Bruxelles, 2 juil. 1829, S. chr.

(2) Guillouard, n. 11. — V. cep. Bordeaux, 3 juin 1879, S., 81. 2. 154.

(3) Bordeaux, 14 janv. 1826, S. chr. — Guillouard, n. 11.

(4) Cass., 18 mars 1818, S. chr. — Cass. req., 15 juill. 1896, S., 97. 1. 263. (motifs). — Rennes, 9 mars 1827, S. chr. — Trib. civ. Seine, 4 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 511. — Trib. paix Paris, 31 janv. 1902, précité. — Guillouard. n. 11.

(5) Trib. Seine, 23 juin 1897, *Gaz. Pal.*, 47. 2. 175.

(6) Labbé, *Note*, S., 93. 1. 498.

L'affirmative est incontestable dans le système que nous avons admis et d'après lequel le notaire est un locateur d'ouvrage, car, par définition même, le louage d'ouvrage est un contrat à titre onéreux (1).

Mais en est-il de même dans le système dominant, qui considère le notaire comme un mandataire.

Certaines décisions ne l'ont pas pensé (2) ; se basant sur l'idée que le mandat est gratuit par sa nature, elles admettent qu'il n'est pas dû, pour ces divers objets, de salaire au notaire. Il n'en est autrement que dans le cas d'une convention expresse ou tacite ou d'un usage que le juge du fond est chargé de constater souverainement (3).

Nous ne croyons pas à l'exactitude de cette solution () : tout le monde reconnaît que la convention qui alloue au mandataire un salaire peut être tacite ; or, on ne peut supposer qu'il soit dans la volonté des parties d'attacher la gratuité à une mission que remplira une personne qui, par sa profession, est destinée à rendre des services payés ; sans doute, il peut arriver qu'en fait le notaire ait intérêt à remplir gratuitement certaines missions accessoires pour attirer à lui ou maintenir la confiance d'un client; mais les motifs que nous venons de développer doivent conduire à décider que c'est là une exception, que de très puissantes considérations de fait peuvent seules faire admettre.

La question continue à se poser depuis que l'article 3 de la loi du 25 août 1898 détermine limitativement les cas dans lesquels la mission du notaire est gratuite ; car ce texte ne

(1) Labbé, *Note*, S., 93. 1. 497.

(2) Cass. req., 1er déc. 1891, S., 93. 1. 497, D., 92. 1. 209. — Bourges, 1er mai 1901, D., 1903. 1. 235. — Trib. civ. Seine, 28 oct. 1893, *Rép. gén. du not.*, 1894, n. 7549, *Rev. not.*, 1894, p. 468. — Babinet, *Rapport*, sous Cass., 1er déc. 1891, précité ; Cohendy, *Note*, D., 92. 1. 209. — On a décidé dans le même sens que le notaire chargé par les héritiers d'un confrère de dresser les actes pour le compte de l'étude de ce dernier ne peut réclamer d'honoraires aux héritiers en dehors d'une convention. — Trib. civ. Châlon-sur-Saône, 15 janv. 1889, *Droit*, 26 fév. 1889.

(3) Cass. req., 21 mai 1900, S., 1901. 1. 186.

(4) Lyon, 12 déc. 1889, *Mon. jud. Lyon*, 25 avril 1890 (soins et démarches pour un acte non passé devant lui). — Trib. civ. Marseille, 17 juil. 1890, *Rec. d'Aix*, 90. 2. 297 (gestion de biens). — Guillouard, n. 12.

veut parler que des actes rentrant dans les attributions du notaire comme tel.

On décide que le notaire n'a pas droit à des honoraires pour l'inscription des actes à son répertoire (1) ; mais il a droit au remboursement de ses frais de timbre (2).

731. Les avocats pouvaient exiger en justice, à Rome, le payement de leurs honoraires (3). Les anciens interprètes du droit romain ne pensaient pas que, d'après les règles du droit français, cette solution pût être douteuse (4).

La jurisprudence et la doctrine étaient en effet unanimes (5).

L'ordonnance de Blois (1579) permettait à l'avocat de réclamer un « salaire » (art. 161) (6).

Aujourd'hui le droit de l'avocat à des honoraires est reconnu par la loi du 5 septembre 1807 (art. 2 et 4), qui, en matière de crimes, délits et contraventions, lui accorde un

(1) Cass. req., 16 avril 1894, S., 94. 1. 232, D., 94. 1. 387. — Paris, 23 janv. 1894, D., 94. 2. 281. — Boucher d'Argis et Sorel, *Dict. raisonné de la taxe en mat. civ.*, v° *Rép.* ; Carré, *La taxe en mat. civ.*, art. 173 ; Favier-Coulomb, *Législ. du not.*, p. 84, note 3 ; Cruppi, *Conclusions*, sous Cass. req., 16 avril 1894, précité. — *Contra* Vernet, *Du tarif des not.*, p. 44 ; Armand, *Le tarif gén. et raisonné des not.*, 2e éd., II, n. 266 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Honoraires*, n. 165 ; Rutgeerts, *Comment. de la loi du 25 vent. an IX*, III, n. 1467.

(2) Arrêts précités. — Cruppi, *loc. cit.* ; Amiaud, *op. cit.*, p. 96 s ; Rutgeerts *loc. cit.* — *Contra* Paris, 16 mars 1887, S., 88. 2. 165, D., 88. 2. 240.

(3) L. 13, § 9, C., *De jud.*, 3. 1. — Aulu-Gelle, liv. XI, ch. X. — Au début l'avocat n'avait d'action que pour les honoraires fixés d'avance. — L. 6, D., *Mand. vel contra*, 17. 1 ; L. 38, D., *Loc. cond.*, 19. 2 ; L. 1, § 10 et 13, *De extr. cogn.*, 50. 13.

(4) Cujas, *L. salar.*, D., *Mand.* ; Mornac, *L. qui operas*, D., *Loc. cond.*, et L. 12, C., *De postul.*

(5) Loiseau, *Tr. des off.*, ch. I, n. 41 et 42 ; Brodeau, *Comment. sur la cout. de Paris* (1669), II, p. 194 ; Brillon, *Dict. des arrêts* ; v° *Avocat*, éd. 1727, I, p. 354. — D'après la jurisprudence du parlement de Grenoble, non seulement l'avocat avait droit à des honoraires qu'il pouvait fixer d'avance, mais il jouissait pour leur recouvrement d'un privilège. — Grenoble, 14 juil. 1655 (Expilly, *Arrêts*, ch. CLXXXVI ; Basset, I, liv. II, tit. XI, ch. III) et 7 juin 1674 (Chorier, *La jurisp. de Guy-Pape*, 2e éd., 1769, p. 103, note). — Il en était de même à Paris. Bruneau, *Nouveau traité des criées*, 3e éd., Paris, 1704, p. 360 s., qui cite des arrêts (7 sept. 1611 et 15 déc. 1629 ; Sentence du Châtelet, 29 janv. 1643) et réfute l'opinion contraire en disant : « tout service mérite récompense ». — Brodeau, *Cout. de Paris, loc. cit.* — V. pour plus de détails, Wahl, *Du dr. de l'avocat aux honoraires*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1905, p. 497 s.

(6) Isambert, *Rec. des anciennes lois*, XIV, p. 419.

privilège, et par décret du 16 février 1807 (art. 80 et 82), qui fixe la partie de ses honoraires pouvant être allouée au gagnant comme dépens.

L'avocat peut donc agir en justice (1). Il peut également inscrire son hypothèque judiciaire (2), produire à l'ordre ou à la contribution ouverte sur son client (3) et saisir les biens de ce dernier (4).

Dans la plupart des pays étrangers on permet aux avocats d'exiger des honoraires (5).

(1) Cass. req., 2 mai 1853, S., 53. 1. 369, D., 53. 1. 162. — Grenoble, 30 juill. 1821, S. chr., D. *Rép.*, v° *Avocat*, n. 246. — Bordeaux, 20 août 1829, P. chr. — Bourges, 26 avril 1830, S. chr., D. *Rép.*, *loc. cit.* — Aix, 12 mars 1834 (impl.) S., 34. 2. 377. — Dijon, 24 janvier 1842, S., 45. 2. 655, D. *Rép.*, *loc. cit.* — Colmar, 22 janv. 1846, S., 46. 2. 191. — Bordeaux, 10 août 1861, D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Avocat*, n. 189. — Limoges, 24 juin 1874, D. 76. 2. 161. — Agen, 4 mars 1889 (impl.), S, 89. 2. 139. — Caen, 1er mars 1902, S., 1903. 2. 5, D., 1903. 2. 207. — Trib. paix Paris (5e arrond.), 1er juin 1870, D., 70. 3. 78. — Garsonnet, *Tr. de proc.*, I, § 255, p. 455. — V. cep. Lyon, 5 nov. 1891, D., 92. 2. 287 (cet arrêt permet aux héritiers de l'avocat d'agir, mais l'interdit à l'avocat lui-même en invoquant les règlements professionnels). — Guillouard, *Tr. du contr. de louage*, II, n. 696 — V. pour plus de détail, Wahls, *loc. cit.*

(2) Garsonnet, I, p. 411, § 103, note 30.

(3) Garsonnet, I, p. 411, § 103, note 31.

(4) Garsonnet, I, p. 410, § 103.

(5) *Allemagne.* Eck, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Dienstmiethe*. Sur le montant des honoraires, v. Osterrieth, *Bull. de lég. comp.*, XXVI, 1895, p. 450 s. — *Autriche.* L'avocat a une action en justice. Cass. Autriche, 14 déc. 1870, *Samml. von civilrecht. Entsch.*, VII, n. 3992, *Anal. journ. dr. int.*, III, 1876, p. 49. — *Angleterre.* L'avocat n'a pas droit à des honoraires. — V. Conseil privé, 12 juill. 1884, *Law Times Rep.*, LI, p. 669, *Anal. journ. dr. int.*, XIII, 1886, p. 118 (motifs). — Passez, *Bull. de la soc. de lég. comp.*, XXVII, 1896, p. 325. — Il en est de même en Écosse. Passez, *op. cit.*, p. 338. — *Canada.* L'avocat a droit à des honoraires. Conseil privé, 12 juill. 1884, précité. — *Etats-Unis.* Dans les Etats d'Ontario et de la Nouvelle-Écosse, l'avocat ne peut réclamer d'honoraires. V. Conseil privé, 12 juill. 1884, précité. — *Italie.* L'avocat a une action pour le payement de ses honoraires. — V. Paris, 24 nov. 1873, *Jour. dr. intern.*, II, 1875, p. 19. — *Mexique.* L'avocat a droit à des honoraires. — V. Trib. sup., 6 oct. 1893, *Journ. dr. int.*, XXII, 1895, p. 667. — *Portugal*, art. 1359, C. civ. L'avocat a une action en justice pour le recouvrement de ses honoraires. — V. Tavares de Medeiros, *Et. sur la prof. d'avocat en Portugal*, *Bull. de la soc. de législ. comp.*, XXV, 1894, p. 417. — *Suisse.* D'une loi génevoise du 20 juin 1834 (art. 10), il résulte que l'avocat a une action en justice pour ses honoraires. — V. *Rev. étr. de législ.*, I, p. 736. — Il en est de même dans les autres cantons. — V. H. Le Fort. *Bull. de la soc. de lég. comp.*, 1896, p. 425 s.

732. On décide que le médecin a, même sans convention, droit à des honoraires (1).

Il est, en tout cas, incontestable que les honoraires peuvent valablement lui être alloués par la convention, car les articles 2101 et 2272 du Code civil en indiquent le caractère privilégié et en fixent la prescription.

733. Par dérogation aux règles qui précèdent, il peut résulter des circonstances qu'un mandat, même rentrant dans la profession du mandataire, est gratuit (2).

D'autre part, alors même que le mandat rentre dans l'exercice de la profession du mandataire, il se peut, à raison des circonstances, que le salaire ne soit pas dû. Ainsi les usages de certaines professions sont quelquefois que le salaire ne soit dû qu'en cas de succès; tel est le cas pour un grand nombre des mandats confiés aux agents d'affaires (3).

Le juge du fond constate souverainement ces usages (4).

734. Le mandat conféré à un établissement de crédit de toucher des coupons doit, alors même qu'il est gratuit, être réputé salarié au point de vue de la responsabilité, car il n'est pas accepté dans une intention libérale (5).

Est également salarié, au point de vue de la responsabilité, le mandat confié à un notaire de recevoir et transmettre des actes signifiés, s'il y trouve son avantage à raison des honoraires qu'il perçoit d'autre part (6).

735. Dans tous les cas, la preuve de la convention soit

(1) Roland, *Les médecins et la loi du 30 nov. 1892*, n. 168 (*Lois nouvelles* 1893, p. 115) et les autorités citées *infra*, n. 750.

(2) Bordeaux, 31 déc. 1895, D., 97. 2. 97 (le mandataire ne s'était jamais crédité des salaires sur ses livres ; il s'était longtemps abstenu de les réclamer ; il existait entre lui et le mandant des relations qui pouvaient faire croire à la gratuité).

(3) Cass. req., 15 juillet 1896, S., 97. 1. 269 (mandat de réaliser un emprunt) — Sur la validité de cette convention, v. *infra*, n. 737. — Jugé que l'agent d'affaires qui a négocié une cession d'office a droit à des honoraires même si la cession a été résiliée à l'amiable, ou si la chancellerie a refusé son agrément. — Trib. civ. Seine, 16 mai 1904, D., 1905. 5. 15.

(4) Cass. req., 15 juillet 1896, précité.

(5) Trib. civ. Versailles, 20 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 440.

(6) Cass. req., 1er mars 1886, S., 86. 1. 314.

expresse, soit tacite, accordant un salaire au mandataire, est à la charge de celui-ci (arg. art. 1315) (1).

C'est au juge du fait qu'il appartient de déterminer si le mandat est salarié (2).

§ II. *Montant du salaire et circonstances dans lesquelles le salaire convenu est dû.*

I. *Principal.*

736. Les parties ont le droit, sous la réserve qui va suivre, de fixer le montant du salaire (3).

Il appartient donc à la convention de fixer les honoraires du médecin (4), considéré par la jurisprudence comme un mandataire (5).

737. Le salaire peut être convenu soit à forfait, soit seulement si l'opération réussira (6). Cette dernière stipulation est aussi valable que la précédente.

Cependant, s'il s'agit d'une instance engagée par le mandataire, on ne peut pas toujours convenir que, si l'instance aboutit à la consécration des droits du mandant, une quote-

(1) Cass., 1er déc. 1891, S., 93. 1. 497, D., 92. 1. 209.

(2) Cass., 23 nov. 1858, S., 59. 1. 597, D,, 59. 1.131. — Cass. req., 1er mars 1886, S., 86. 1. 314. — Cass. req., 28 mars 1887, S. 88. 1. 77 (il peut juger que le mandat à un associé de liquider la société est gratuit). — Guillouard, n. 13.

(3). A Rome, la fixation anticipée des honoraires de l'avocat était valable, mais considérée comme immorale (Quintilien, *Instit. orat.*, liv. LII, chap. VII). — Chorier (*La jurispr. de Guy-Pape*, 2e éd., 1769, liv. II, sect. 8, art. 1er p. 102, quest. 190) dit que, d'après une jurisprudence certaine (Grenoble, déc. 1458), l'avocat peut faire d'avance un traité fixant des honoraires, et son annotateur cite d'autres arrêts dans le même sens (Grenoble, 13 juin 1628). Le pacte *de quota litis* seul leur est défendu ; il entraîne leur interdiction et ne produit aucun effet (v. *infra*, p. 389, note 1). — Bruneau (*Nouv. traité des criées*, 3e éd., 1704) dit aussi que la fixation anticipée des honoraires est valable ; il ajoute que les mœurs condamnent ce procédé. — *Sic* Mornac, L. 12, C., *De postul.* — Un arrêt du 17 mars 1544 (Papon, *Arrêts*, liv. VI, tit. IV, n. 20) déclare nulle la fixation anticipée des honoraires.

(4) Trib. civ. Senlis, 30 juin 1853, D. *Rép.*, v° *Médecine*, n. 79. — Trib. civ. Seine, 20 janv. 1892, *Rev. de jurisp. méd.*, 1892, p. 8. — Dubrac, *Tr. de Jurispr. médic.*, n. 270.

(5) V. *supra*, n. 377 s.

(6) Poitiers 18 juin 1901, D., 1903. 5. 468. — V. *supra*, n. 733.

part de ces droits sera attribuée au mandataire. Cette convention, qu'on appelle le pacte *de quota litis*, est valable en elle-même, car elle n'a rien de contraire à l'ordre public; mais, comme elle constitue une cession de droits litigieux, elle est nulle, conformément à l'article 1597 du Code civil, si elle est passée avec un juge, un juge suppléant, un magistrat du ministère public, un greffier, un huissier, un avoué, un notaire, exerçant leurs fonctions dans le ressort du tribunal appelé à connaître de l'affaire.

De même l'avocat ne peut stipuler à titre d'honoraires une partie du bénéfice de l'instance (1); car l'article 1597 lui interdit de se faire céder des droits litigieux pendants devant le tribunal où il plaide.

Rien n'empêche de convenir, même avec ces diverses personnes, que leurs honoraires seront plus élevés en cas de succès qu'en cas d'insuccès (2).

738. Mais la jurisprudence se réserve de réduire les salaires exagérés (3). Cette solution, qui compte également quelques

(1) Cass. req., 22 août 1853, D., 54. 1. 345. — Besançon, 15 therm. an XIII, S. chr., D. *Rép.*, v° *Avocat*, n. 268. — Nancy, 1er juin 1840, D. *Rép.*, v° *Avocat*, n. 269. — Trib. civ. Bruxelles, 23 janv. 1895, *Pand. franç.* 95. 5. 11. — Merlin, *Rép*, v° *Honoraires*, § 1; Mollot, *Prof. d'av.*, I, p. 123 s.; Garsonnet, I, p. 412, § 103, note 34; Guillouard, *Tr. de la vente*, I, n. 139. — C'était la solution du droit romain (L. 1, § 12, D., *De extr. cogn.*, 50. 13; L. 6, § 2, C., *De post.*, 2. 6) et de l'ancien droit. *Etabliss. de Saint Louis*, liv. II, ch. XIV; Brodeau sur Louet, *Arrêts*, let. L, somm. 2 (pour les « avocats, procureurs, solliciteurs et autres qui ont charge de la cause »); Chorier, *op. cit.*, p. 104. — Dans le même sens C. Massachusetts, 10 oct. 1884, *Journ. dr. int.* IX, 1882, p. 452. — *Contra* Duvergier, I, n. 201; Aubry et Rau, IV, p. 323, § 345, note 12; Laurent, XXIV, n. 60.

(2) *Contra* Glasson, *Note*, D., 90. 2. 281.

(3) Cass., 11 mars 1824, S. chr. — Cass., 7 fév. 1855, S., 55. 1. 527, D., 55. 1. 206. — Cass., 18 avril 1855, S., 55. 1. 527. D., 55. 1. 206. — Cass. req., 1er juil. 1856, D., 56. 1. 464. — Cass. req., 12 janv. 1863, S., 63. 1. 249, D., 63. 1. 302. — Cass., 9 mai 1866, S., 66. 1. 273, D., 66. 1. 246. — Cass. req., 8 avril 1872, S., 72. 1. 207, D., 73. 1. 259. — Cass. req., 28 fév. 1877, S., 78. 1. 467, D., 78. 1. 78. — Cass. civ., 13 mai 1884, S., 85. 1. 345, D., 85. 1. 21. — Cass., 24 fév. 1891, D., 91. 5. 337. — Paris, 20 nov. 1854, S., 54. 2. 688, D., 55. 5. 243. — Paris, 12 janv. 1856, S., 56. 2. 293, D., 56. 2. 175. — Bordeaux, 12 fév. 1857. S., 58. 2. 554. — Paris, 7 fév. 1870, S., 70. 2. 53. — Paris, 21 juin 1871, D., 71. 2. 189. — Paris, 3 avril 1873, D., 73. 2. 199. — Rouen, 12 déc. 1881, S., 82. 2. 227. — Paris, 8 mars 1882, D., 82. 2. 224. — Paris, 9 juin 1887, D., 88. 2. 280 (agent d'affaires). — Lyon, 8 janv. 1890, *Mon. jud. Lyon*, 25 sept. 1890. — Montpellier, 6 fév. 1893, S., 94. 2. 208, D., 94. 2. 212. — Paris, 10 août 1893.

partisans en doctrine [1], est très combattue par d'autres auteurs [2]. Elle méconnaît, selon nous, le principe que les conventions tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites. Il n'y a aucune raison de s'écarter de ce principe en matière de mandat; au contraire, le mandat, par la stipulation d'un salaire, devient un contrat à titre onéreux et ne diffère du louage d'ouvrage que par la manière dont le mandataire accomplit ses obligations ; or personne n'admet que le salaire du locateur d'ouvrage puisse être réduit. Quand la loi veut permettre au juge de méconnaître le principe de la liberté des conventions, elle le dit expressément ; témoin l'article 1244, qui l'autorise à accorder un délai de grâce aux débiteurs ; or il n'existe aucun texte qui autorise la réduction du salaire.

On objecte la gratuité du mandat ; mais la loi prend soin de dire que le mandat n'est gratuit que par sa nature. Cette gratuité, continue-t-on, doit avoir au moins cet effet que le

Journ. trib. comm., 1894, p. 429.— Amiens, 7 nov. 1893, *Rec. Amiens*, 1894, p. 47 (notaire). — Lyon, 31 mai 1894, *Mon. jud. Lyon*, 4 août 1894. — Paris, 20 nov. 1894, S., 97. 2. 214 (agent d'affaires). — Paris, 4 déc. 1895, D., 96. 2. 438. — Amiens, 8 nov. 1900, *Rec. Amiens*, 1900. 253. — Trib. civ. Seine, 4 fév. 1890, *Gaz. Trib.*, 22 avril 1890. — Trib. civ. Rambouillet, 4 déc. 1891, *Loi*, 30 mars 1892. — Trib. civ. Seine, 24 avril 1890, *Droit*, 21 mai 1890. — Trib. com. Marseille, 25 oct. 1889, *Ann. dr. comm.*, IV, 1890, *Jurispr.*, p. 43. — Trib. civ. Lyon, 10 mars 1892, *Mon. jud. Lyon*, 10 août 1892 (agent d'affaires). — Trib. civ. Lyon, 3 juin 1892, *Loi*, 26 nov. 1892 (agent d'affaires). — Trib. com. Le Havre, 9 nov. 1892, *Rec. du Havre*, 93. 1. 43 (agent d'affaires).— Trib. civ. Lyon, 28 avril 1891, *Mon. jud. Lyon*, 18 août 1891.— Trib. civ. Seine, 1er fév. 1893, *Gaz. Trib.*, 22 fév. 1893.— Trib. civ. Seine, 19 juillet 1893, *Gaz. Pal.*, 94. 1, *Suppl.*, 6 (ce jugement est relatif à l'architecte ; en réalité l'architecte n'est pas un mandataire. V. *supra*, n. 396). — Trib. com. Saint-Étienne, 25 mars 1902, *Loi*, 7 mai 1902.—Trib. civ. Seine, 15 déc. 1903, *Droit*, 9 mars 1904.— Cass. belge, 7 janv. 1851, *Pasicr.*, 151. 1. 314.— Cass. belg., 28 nov. 1889, S., 90. 4. 4. — Gand, 6 juin 1900, *Pasicr.*, 1901. 2. 13, *Gaz. Trib.*, 10 oct. 1900. — Trib. civ. Bruxelles, 28 nov. 1896, *Pasicr.*, 97. 3. 71.

[1] Troplong, n. 632; Pont, I, n. 1109; Ruben de Couder, *Dict. de dr. com.*, v° *Agent d'affaires*, n. 21 s. et v° *Mandat*, n. 58 s. ; Guillouard, n. 164 et 166.

[2] Paris, 20 juin 1863, D., 63. 2. 164. — Paris, 12 août 1880, S., 81. 2. 87, D., 82. 2. 115. — Paris, 13 déc. 1894, D., 95. 2. 445. — Cass. belge, 26 fév. 1885, S., 89. 4. 22, D., 86. 2. 257. — Demolombe, *Rev. de législ.*, XXVI, 1846, p. 445 ; Domenget, *Du mandat*, n. 152 ; Boullenger, *Note*, S., 66. 1. 273 : Aubry et Rau, IV, p. 649, § 414, note 9 ; Flurer, *Note*, D., 86. 2. 257 ; Glasson, *Note*, D., 92. 2. 281 ; Lyon-Caen, *Note*, S., 87. 2. 282 ; Planiol, II, n. 2236.

salaire ne doit être qu'une rémunération modérée ; cela nous paraît fort singulier ; car si un contrat n'est pas gratuit par la volonté expresse des parties, de quel principe peut-on s'autoriser pour dire qu'il reste à ce contrat quelque chose de gratuit ? Admettons même que le salaire du mandataire doive être modeste, quoique la raison d'être de cette exigence nous échappe. Qu'en résultera-t-il? C'est que le mandat où le salaire est excessif constituera non pas un mandat véritable, mais un contrat innommé ; il n'en résultera pas que la volonté des parties doive être méconnue.

Les travaux préparatoires ont fourni une autre objection; il y a été dit que « la rétribution sera moins un lucre qu'une indemnité » (1), que le salaire n'est « qu'une indemnité et qu'il n'est point un bénéfice » (2). Ces propositions sont loin de signifier que le salaire doit être modéré, c'est-à-dire inférieur au service rendu ; elles signifient au contraire, qu'il doit être égal au service rendu. Au surplus, fût-il démontré que les rédacteurs du code, se dégageant mal de l'ancienne conception du contrat, n'ont pas voulu que le salaire fût équivalent au service rendu, tout ce qui résulterait de là, encore une fois, c'est que la fixation d'un salaire équivalent au service rendu convertirait le mandat en un autre contrat.

Ceux, ajoute-t-on enfin, qui font profession d'être des mandataires salariés peuvent surprendre le consentement de personnes peu éclairées. Nous répondons que le droit commun fournit un remède contre les auteurs d'un dol et qu'au surplus le même danger est tout autant à craindre dans la plupart des contrats, notamment dans le louage d'ouvrage.

739. Nous avons examiné dans notre *Traité du louage* (3) si le salaire d'un agent d'affaires peut être réduit.

Par application du système suivi par la jurisprudence, on décide que les tribunaux peuvent réduire les honoraires alloués à un médecin par la convention (4). Cette solution

(1) *Exposé des motifs* de Berlier, Fenet, XIV, p. 584.
(2) Rapport de Tarrible au Tribunat, Fenet, XIV, p. 592.
(3) 3e éd., II, n. 4156.
(4) Roland, *Les médecins et la loi du 30 nov. 1892*, n. 171, p. 116.

n'est exacte que si on considère le médecin comme un mandataire.

De même la quote-part d'une créance allouée à un mandataire chargé de recouvrer cette créance peut être réduite même si le mandat est déguisé sous forme de vente (1).

Quant aux honoraires du notaire et de l'avoué, ils sont fixés par un tarif légal et ne peuvent en conséquence être réduits.

740. En sens inverse les salaires fixés d'avance ne peuvent être augmentés sous aucun prétexte (2).

Aussi le paiement à un avocat ou à un médecin d'honoraires sensiblement supérieurs à la valeur des services rendus peut être regardé par les juges du fait comme une donation rémunératoire (3).

741. Si le salaire a été fixé après l'exécution du mandat, il ne peut plus être réduit (4). Il en est de même si le salaire a été payé après cette exécution (5).

742. Le salaire ne peut être réduit par la raison que l'affaire n'aurait pas réussi (6); cela résulte de l'article 1999 (7).

L'opération faite, le mandataire a également droit au salaire convenu, même si la convention qu'il a passée reste inexécutée (8) ou est résolue (9).

(1) Cass., 7 fév. 1855, S., 55. 1. 527, D., 55. 1. 206 — Cass., 18 avril 1855, S., 55. 1. 527, D., 55. 1. 206.— Cass., 12 janv. 1863, S., 63. 1. 249, D., 63. 1. 302. — Cass., 28 fév. 1877, S., 78. 1. 467, D., 78. 1. 78. — Guillouard, n. 26.

(2) Trib. civ. Seine, 9 janv. 1894, *Loi*, 15 fév. 1894 (le dentiste qui a traité à forfait pour le traitement des dents, ne peut réclamer des honoraires pour avoir combattu des accidents qui ont été la conséquence du traitement suivi, notamment la carie des dents).

(3) Ainsi jugé en Italie pour l'application de la loi fiscale. Trib. Salerne, 11 mai 1874, *Le Massime*, art. 3828. — Dans le même sens Avezza, *La legge sulle tasse di registro*, I, 1886, p. 233, n. 196.

(4) Rouen, 12 déc. 1881, précité. — Montpellier, 6 fév. 1893, précité. — Paris, 10 août 1893, précité. — Paris, 13 déc. 1894, S., 97. 2. 214. — Trib. civ. Seine, 15 déc. 1903, précité.

(5) Paris, 13 mai 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 2. 270 (agent d'affaires). — Paris, 13 fév. 1894, précité. — Trib. civ. Seine, 2 déc. 1891, *Droit*, 17 mars 1892.

(6) Guillouard, n. 164.

(7) V. *supra*, n. 704.

(8) Cass. req., 21 déc. 1892, D., 93. 1. 118. — Anvers, 20 nov. 1880, *Jurisp. du port d'Angers*, 81. 1. 232. — V. cep. Lyon, 8 déc. 1893, *Mon. jud. Lyon*, 5 juin 1894 (le salaire du mandataire chargé de vendre doit être réduit si l'acquéreur est insolvable). — V. aussi *infra*, note 3, p. 394.

(9) Trib. com. Marseille, 6 oct. 1861, *Journ. de Marseille*, 61. 1. 247. — Trib

Ainsi le notaire a droit à des honoraires, même si l'acte n'a pas eu de suite (1), ou si le legs contenu dans le testament a été l'objet d'une renonciation (2).

De même le salaire ne peut être réduit par le motif que l'acte passé par l'intermédiaire du mandataire aurait été plus tard annulé. Le mandataire, en effet, ne répond pas de la validité du contrat. Il en est ainsi du salaire dû à un notaire, à un courtier ou à un agent d'affaires (3).

743. Mais le défaut d'exécution du mandat enlève au mandataire tout droit à un salaire.

Ainsi le médecin n'a pas droit à des honoraires, s'il soigne une maladie pour une autre (4).

De même le salaire peut être également réduit, s'il a été déterminé par des allégations mensongères du mandataire (5).

Par application de ces principes, les honoraires reçus

com. Marseille, 28 mai 1866, *Journ. de Marseille*, 66. 1. 208. — Trib. com, Nantes, 5 août 1874, *Juris. com. de Nantes*, 74. 1. 333. — Trib. com., 16 fév. 1889, *Jurisp. com. de Nantes*, 89. 1. 122.

(1) Dijon, 3 janv. 1884, S., 85. 2. 15, D., 85. 2. 232. — V. cep. Amiaud, *Le tarif gén. des not.*, 2e éd., n. 292.

(2) Grenoble, 13 déc. 1892, S., 93. 2. 274, D., 93. 2. 243. — Trib. civ. Périgueux, 31 janv. 1884, S., 93. 2. 274 (sous note). — Legrand. *Tr. formul. des not.*, n. 264. — V. cep. Amiaud, *Tr. formul. gén. du not.*, V, v° *Test. authent.*, n. 103 (les honoraires ne seraient dus que si la renonciation avait pour effet de procurer le bénéfice du legs à une personne qui ne serait pas appelée à la succession par la loi).

(3) Trib. civ. Marseille, 25 nov. 1892, *Gaz. Trib.*, 8 avril 1893. — Il a été décidé souvent que le courtier chargé de conclure une vente garde la totalité de son salaire même si la vente est annulée ou n'est pas exécutée. — Paris, 2 mai 1874, S., 76. 2. 324. — Trib. com. Marseille, 29 sept. 1861, *Journ. de Marseille*, 61. 1. 266. — Trib. com. Marseille, 25 oct. 1889 (motifs), *Ann. dr. com.*, IV, 1890, *Jurispr.*, p. 43. — Trib. com. Nantes, 4 oct. et 8 nov. 1890, *Rec. Nantes*, 90. 1. 351. — Ruben de Couder, *Dict. de dr. com.*, v° *Courtiers*, n. 321 à 329. — Pour l'agent d'affaires, la solution contraire a été admise, complètement à tort. Trib. com. Marseille, 25 oct. 1889, précité (motifs). — Trib. civ. Marseille, 15 fév. 1889, *Rec. d'Aix*, 90. 2. 40. — Trib. com. Le Havre, 25 août 1890, *Rec. Havre*, 90. 1. 216. — Quelquefois la commission a été seulement réduite, Trib. com. Havre, 7 juin 1886, *Rec. Havre*, 86. 132. — Cependant, en fait, le salaire peut être réduit ou déclaré non dû si le mandataire est en faute, notamment s'il a su que l'acquéreur désigné par lui était insolvable, ou s'il eût pu facilement le savoir, ou s'il était chargé de se renseigner sur la solvabilité. Trib. com. Nantes, 4 ou 8 nov. 1890, précité.

(4) Trib. féd. suisse, 9 déc. 1892, S., 93. 4. 16.

(5) Lyon, 31 mai 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 625.

d'avance par un avocat qui n'a pas plaidé doivent être restitués (1).

Même si le défaut d'exécution est imputable à un cas fortuit, le mandat ne donne pas lieu au salaire promis (2).

S'il est exécuté en partie, une portion du salaire est due (3). Ainsi un notaire a droit à des honoraires pour les actes qu'il a préparés sur la demande des parties et qui n'ont pas été réalisés (4).

De même les honoraires reçus d'avance par un médecin pour un mois de traitement doivent être restitués en partie si le malade décède avant l'expiration du mois ; il appartient aux tribunaux de fixer la portion sujette à restitution (5).

744. Les intérêts des honoraires perçus en trop de bonne foi par le mandataire ne courent, par application du principe général de l'article 1153, qu'à partir de la demande en justice portant sur les honoraires exagérés (6) ; on ne peut les faire courir de plein droit ou à partir de la mise en demeure par application de l'article 1996 ; car ce texte ne s'applique qu'aux fonds recueillis par le mandataire en vertu du mandat.

745. Si le défaut d'exécution est dû à la faute du mandant, les salaires restent dus en entier.

Ainsi les honoraires d'un médecin, fixés pour un voyage, sont dus en entier si le voyage est interrompu par la volonté du malade (7).

746. Il appartient aux tribunaux de décider si le mandat est exécuté (8).

(1) Mollot, *op. cit.*, I, p. 121, II, p. 326; Garsonnet, I, p. 410, § 103, note 29.

(2) Troplong, n. 641 s. ; Pont, I, n. 1106 ; Laurent, XXVIII, n. 27; Guillouard, n. 165 et 168.

(3) Paris, 9 juin 1869, S., 71. 2. 149, D., 70. 2. 16. — Mêmes auteurs.

(4) Trib. civ. Angoulême, 16 déc. 1891, *Rev. not.*, 1895, p. 469. — Trib. civ. Bourganeuf, 19 janv. 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 1, *Suppl.*, 13 (ce jug. attribue même au notaire la totalité de ses honoraires, mais c'est une erreur).

(5) Trib. civ. Seine, 10 févr. 1894, *Mon. jud. Lyon*, 7 mai 1894.

(6) Cass., 19 juill. 1875, S., 75. 1. 464, D , 76. 1. 278. — Guillouard, n. 146.

(7) Alexandrie, 31 mai 1876, *Journ. dr. int.*, III, 1876, p. 492.

(8) Le mandataire chargé de procurer un prêt a droit à la commission fixée, alors même que l'opération ne serait conclue qu'un an plus tard, si la reprise des négociations a été la conséquence des négociations du mandataire. Trib. civ. Seine, 20 janv. 1895, *Droit*, 21 mars 1895.

747. Les salaires, même fixés après l'exécution du mandat, peuvent être réduits à titre de dommages-intérêts, si le mandataire a commis une faute [1]; cela résulte *à fortiori* de ce que la loi, en pareil cas, permet aux juges d'enlever au mandataire l'action en remboursement des avances.

Il en est de même, à plus forte raison, si le mandataire a commis un dol [2].

Le salaire peut même être complètement supprimé en ces hypothèses.

Il en est ainsi même si le mandant avait, au moment où les salaires ont été fixés, connaissance de la faute [3]. Sans doute, en pareil cas, les salaires, convenus en connaissance de cause, ne peuvent pas, en eux-mêmes, être l'objet d'une réduction, mais le mandant a droit à des dommages-intérêts et la réduction du salaire n'est qu'un procédé de paiement de ces dommages-intérêts.

748. Le mandataire n'a pas droit aux honoraires promis si l'acte est passé sans son intermédiaire [4].

Le mandataire révoqué a-t-il droit à un salaire ? C'est ce que nous examinerons en parlant de la révocation [5].

749. A défaut de convention, le montant des honoraires est fixé par l'usage des lieux où le mandat doit être exécuté et non par celui du lieu où le mandataire a sa résidence [6].

750. Si le montant du salaire n'a été fixé ni par la convention, ni par l'usage du lieu, il appartient aux tribunaux

(1) Cass., 18 avril 1855, S., 55. 1. 527, D., 55. 1. 206. — Cass., 12 janv. 1863, S 63. 1. 249, D., 63. 1. 302. — Cass., 24 juin 1872, S., 75. 1. 156, D., 75. 1. 21. — Montpellier, 6 fév. 1893, S., 94. 2. 208, D., 94. 2. 212. — Amiens, 11 juill. 1894, D., 95. 2. 450 (notaire). — Guillouard, n. 164.

(2) Cass., 7 août 1837, S., 37. 1. 889, D. *Rép.* v° *Mandat*, n. 75-1°. — Cass., 9 mai 1867, S., 67. 1. 245, D., 67. 1. 52. — Guillouard, n. 164.

(3) Montpellier, 6 févr. 1893, précité (impl.).

(4) Par exemple, si, alors que le mandataire s'était engagé à trouver un acquéreur, le mandat en a trouvé un autre de son côté. Lyon, 27 janv. 1893, *Mon. jud. Lyon*, 23 avril 1894.

(5) V. *infra*, n. 863 s.

(6) *Contra* (pour le commissionnaire) Trib. Empire Allemagne, 29 oct. 1886, *Journ. dr. int.*, XVI, 1889, p. 307.

de le déterminer souverainement (1); ils tiennent compte de la difficulté du mandat (2).

Ainsi, à défaut de convention, les tribunaux fixent le chiffre des honoraires du médecin. Il est évident, en effet, que, malgré l'usage qui permet aux médecins d'établir eux-mêmes le montant de leurs honoraires, les parties peuvent combattre la légitimité de cette évaluation. Il est évident aussi que les tarifs des syndicats de médecine ne s'imposent pas aux tribunaux (3).

C'est alors au médecin qu'il appartient de présenter au tribunal les motifs qui lui paraissent justifier le chiffre de la réclamation.

Le tribunal tiendra compte de la gravité de la maladie ou de l'opération (4), de sa longueur et du nombre des visites (5), de la difficulté des soins donnés (6), de la réputation du médecin (7), de la fortune du malade (8), des honoraires

(1) Cass. req., 8 janv. 1890, S., 90. 1. .516, D., 91. 1. 22 (administrateur judiciaire) — Lyon, 8 déc. 1893, *Mon. jud. Lyon*, 5 juin 1894.— Guillouard, n. 163.

(2) Cass. req., 8 janv. 1890, précité.

(3) Bordeaux, 14 ou 16 fév. 1900, S., 1900. 2. 190, D., 1901. 2. 206.

(4) Amiens, 31 juillet 1889, D., 90. 5. 31. — Bordeaux, 14 fév. 1901, précité. — Trib. civ. Seine, 13 fév. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 376. — Trib. civ. Lyon, 1er mai 1895, *Loi*, 28 mai 1895. — Trib. civ. Mâcon, 10 juil. 1895, *Droit*, 23 juil. 1895. — Trib. civ. Reims, 16 janv. 1903, *Mon. jud. Lyon*, 25 fév. 1903. — Trib. paix Paris, 31 oct. 1900, *Loi*, 2 nov. 1900.— Trib. civ. Valence, 27 déc. 1901, *Loi*, 21 janv. 1902. — Trib. civ. Bourgoin, 9 fév. 1901, *Gaz. Trib.*, 1er sept. 1901. — Jayot de Pitaval, *Causes célèbres*, V. éd. 1739, p. 476; Roland, *op. cit.*, n. 169, p. 115, et les autorités qu'il cite.

(5) Trib. civ. Seine, 13 fév. 1894, précité. — Trib. civ. Lyon, 11 mai 1895 précité. — Trib. civ. Seine, 28 nov. 1901 *Gaz. Trib.*, 24 janvier 1902. — Trib., paix Paris, 31 oct. 1900, précité.—Roland, *loc. cit.* — Décidé que le tarif habituel calculé par visite, peut être réduit si les visites sont en grand nombre. Lyon, 30 janv. 1889, *Mon. jud. Lyon*, 29 mars 1889.— Trib. civ. Seine, 13 mai 1898, *Gaz. Trib*, 26 mai 1898. — Trib. paix Paris, 31 oct. 1900, précité.

(6) Amiens, 31 juillet 1889, précité. — Lyon, 15 nov. 1898, S., 99. 2. 101 (opération).—Bordeaux, 14 fév. 1900, précité. — Trib. civ. Lyon, 11 mai 1895, précité. — Trib. civ. Valence, 27 déc. 1901. précité. — Trib. civ. Gand, 29 mai 1895, *Pasicr.*, 95. 3. 345. — Roland, *loc. cit.* ; Gayot de Pitaval, *loc. cit.*

(7) Bordeaux, 14 fév. 1900, précité. — Trib. civ. Seine, 5 déc. 1893, *Pand. franç.*. 94. 2. 192. — Trib. civ. Lyon, 11 mai 1895, précité. — Trib. civ. Mâcon, 10 juillet 1895, précité. — Trib. civ. Seine, 6 juil. 1900, *Droit*, 28 oct. 1900. — Trib. civ. Bourgoin, 9 fév. 1901, précité, — Trib. civ. Bruxelles, 15 janv. 1896, *Pasicr.*, 96. 2. 106 — Trib. civ. Reims, 16 janv. 1903, précité. — Gayot de Pitaval, *loc, cit.* ; Roland, *loc. cit.*

(8) Amiens, 31 juillet 1889, précité.— Bordeaux 14 fév. 1900, précité. —Trib. civ.

que le médecin a antérieurement obtenus du malade pour d'autres soins donnés à lui-même et à sa famille (1), de la localité (2) et notamment du tarif adopté d'un commun accord par les médecins de la localité (3) du résultat des soins (4), de l'heure des visites (5), de l'éloignement du malade (6).

Il n'a pas à tenir compte d'autres éléments (7).

De même, en cas de contestation sur le montant des honoraires d'un avocat, c'est le tribunal qui décide (8).

751. Nous nous sommes demandé si le salaire est dû par le mandant au mandataire su bstitué (9).

II. *Intérêts.*

752. L'article 2001, d'après lequel les avances dues au mandataire portent intérêts de plein droit, déroge au droit commun; il faut donc lui appliquer l'interprétation restric-

Bordeaux, 22 mars 1892, *Rec. Bordeaux*, 92. 2. 67. — Trib. civ. Seine, 5 déc. 1893, précité. — Trib. civ. Seine, 13 fév. 1894, précité. — Trib. civ. Lyon, 11 mai 1895, précité. — Trib. civ. Mâcon, 10 juillet 1895, précité. — Trib. civ. Bourgoin, 2 fév. 1901, précité. — Trib. civ. Seine, 28 nov. 1901, précité. — Trib. civ. Valence, 25 déc. 1901, précité. — Trib. civ. Bruxelles, 15 janv. 1896, précité. — Trib. paix Paris, 31 oct. 1900, précité. — Roland, *loc. cit.* — *Contra* Trib. civ. Reims, 16 janv. 1903, précité.

(1) Roland, *loc. cit.* — Cependant, si les visites nouvelles nécessitent des soins particuliers, elles peuvent être soumises à un tarif plus élevé. — Trib. civ. Seine, 13 fév. 1894, précité.

(2) Amiens, 31 juillet 1889, précité.

(3) Roland, *loc. cit.*

(4) Trib. civ. Valence, 27 déc. 1901, précité. — Gayot de Pitaval, *loc. cit.*

(5) Lyon, 15 nov. 1898, S., 99. 2. 101. — Trib. civ. Bordeaux, 22 mars 1892, *Rec. Bordeaux*, 92. 2. 67 (ce jugement décide que le prix des visites à Bordeaux, qui est de 5 fr. le jour, peut être porté à 20 fr. la nuit). — Trib. paix Paris, 31 oct. 1900, précité.

(6) Bordeaux, 14 fév. 1900, précité. — Il a été décidé avec raison que le médecin ne peut faire subir une majoration aux clients étrangers. Trib. civ. Bourges, 7 déc. 1894, *Loi*, 25 juill. 1895.

(7) Amiens, 31 juillet 1889, précité. — Trib. civ. Bruxelles, 15 janv. 1896, précité. — Décidé cependant que si un médecin est appelé en consultation, le médecin traitant a droit aux mêmes honoraires que le médecin consultant. — Bordeaux, 14 fév. 1900, précité.

(8) Cass. crim., 11 fév. 1867, D., 68. 5. 249. — Limoges, 24 juin 1874, D., 76. 1. 161. — Merlin, *Rép.*, v° *Avocat*, § 13 ; Mollot, *op. cit.*, I, p. 218 ; Garsonnet, I, p. 411, § 103, note 32. — Il n'a jamais existé de tarifs quoique le décret du 14 déc. 1810 (art. 43) y fasse allusion.

(9) V. *supra*, n. 587.

tive. Ce qu'il dit des avances ne doit pas, par suite, être étendu au salaire : le mandataire n'a droit aux intérêts de son salaire qu'à compter de la mise en demeure [1], conformément à la règle générale établie par l'article 1153 alinéa 3.

Ainsi le notaire n'a pas, même si on le regarde comme mandataire, droit immédiatement aux intérêts de ses honoraires [2]. Nous ne voyons pas pourquoi on croit nécessaire de justifier cette solution par l'idée que le notaire a droit aux honoraires non pas comme mandataire, mais comme officier ministériel [3].

L'avoué également ne peut réclamer les intérêts de ses honoraires qu'à partir de la demande en justice [4].

Le taux des intérêts est fixé comme en matière de remboursement d'avances [5].

§ III. *Preuve en matière de salaire.*

753. Le mandataire ne peut réclamer de salaires qu'en justifiant par des comptes qu'il a accompli le mandat [6]. Nous avons parlé plus haut des modes de preuve, qui sont ceux du droit commun [7].

Les preuves que le médecin doit faire (nombre de visites, nature de la maladie, etc.) sont faites conformément au droit commun.

Ainsi le nombre de visites ne peut être prouvé que par témoins ou par présomptions, si la somme réclamée est supérieure à 150 francs.

Cependant on admet, l'usage s'opposant à ce que le médecin réclame un témoignage écrit de ses visites, que les

(1) Cass., 10 fév. 1836, S., 36. 1. 512. — Cass. civ., 21 nov. 1893, S., 96. 1. 13, D., 94. 1. 269. — Riom, 8 déc. 1838, S., 39. 3. 419, D. *Rép.*, v° *Mandat*, n. 374-2°. — Massé et Vergé, V, p. 48, § 754, note 4 ; Pont, I, n. 1111 ; Laurent, XXVIII, n. 22; Guillouard, n. 172.

(2) Guillouard, n. 160.

(3) Guillouard, n. 160.

(4) Guillouard, n. 161.

(5) V. *supra*, n. 712.

(6) Trib. Alexandrie, 26 fév. 1876, *Journ. dr. int.*, III, 1876, p. 492.

(7) V. *supra*, n. 660 s.

livres du médecin peuvent servir à justifier du nombre des visites, comme s'il s'agissait d'une créance commerciale, si les tribunaux les jugent véridiques (1). On a même essayé de justifier juridiquement cette solution en disant que le client, qui ne paie pas comptant les soins du médecin, est censé se rapporter aux notes de celui-ci pour constater le nombre des visites. Autant dire que tous les débiteurs sont censés, s'ils ne paient pas leur dette au comptant, s'en rapporter au créancier pour la fixation du montant de la dette. On dit aussi que le médecin a été dans l'impossibilité morale de se procurer une preuve écrite, mais l'usage n'est pas une impossibilité morale.

De même le médecin pourrait prouver le nombre de ses visites par témoins (2).

§ IV. *Époque et lieu du paiement des salaires. Prescription.*

754. Le salaire doit être payé lors du règlement du compte (3).

Cependant si le mandat doit durer un certain temps, on admet que le mandataire peut réclamer périodiquement son salaire (4), et cela sans avoir à fournir de caution (5).

(1) Bordeaux, 14 fév. 1900, S., 1900, 2. 190, D., 1901. 2. 206. — Trib. civ. Seine, 8 déc. 1884, *Gaz. Pal.*, 85. 1, *Suppl.*, 90.— Trib. civ. Libourne, 13 janv. 1887, S., 89. 2. 45. — Trib. civ. Annecy, 23 juil. 1887, S., 89. 2. 45. — Trib. civ. Lille, 13 déc. 1894, *Gaz. Pal.*, 95. 1, *Suppl.*, 12.— Trib. paix Bar-le-Duc, 4 fév. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 234. — Trib. civ. Mâcon, 10 juil. 1895, *Droit*, 23 juil. 1895. — Trib. civ. Seine, 13 mai 1898, *Gaz. Trib.*, 26 mai 1898.— Trib. civ. Seine, 6 juil. 1900, *Droit*, 28 oct. 1900. — Trib. paix Reims, 23 nov. 1895, *Pand. franç.* 96. 2. 26.— Trib. civ., Bruxelles, 31 déc. 1889, S., 90. 4. 16. — Gast. Thomas, *Rev. de jurispr. méd.*, juin 1892 ; Roland, *op. cit.*, n. 170, p. 116; Planiol, *Rev. crit*, XIX, 1890, p. 344. — Cpr. Paris, 5 mai 1903, S., 1904. 2. 32, D., 1903. 2. 319.

(2) Trib. civ. Libourne, 13 janv. 1887, S., 89. 2. 45. — Trib. civ. Annecy, 23 juill. 1887, S., 89. 2. 45. — Trib. civ. Bar-le-Duc, 4 fév. 1893, *Gaz Pal.*, 93. 1. 234. — Trib. civ. Liège, 22 mai 1880, *Journ. dr. int.*, IX, 1882, p. 582, *Pasicr.*, 82. 3. 318. — Trib. civ. Bruxelles. 31 déc. 1889, S., 90. 2. 16.

(3) Guillouard, n. 171.

(4) Rennes, 9 avril 1827, S. chr. — Guillouard, n. 171.

(5) Trib. com. Nantes, 14 janv. 1905, *Rec. Nantes*, 1905. 1. 300.

Le salaire est, comme toute dette, payable en l'absence de clause contraire, au domicile du créancier, c'est-à-dire du mandataire [1].

755. L'action en paiement du salaire se prescrit par trente ans [2].

SECTION III

SOLIDARITÉ ENTRE LES MANDANTS

§ I. *Mandats auxquels s'applique la solidarité.*

756. « *Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs* « *personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est* « *tenue solidairement envers lui de tous les effets du man-* « *dat* » (art. 2002).

On sait qu'au contraire il n'y a pas de solidarité entre les mandataires [3].

La solidarité entre co-mandants existait déjà dans le droit romain [4] et dans l'ancien droit [5] ; on la fondait dans l'ancien droit sur la volonté présumée des parties [6] ; aujourd'hui on invoque l'idée que les mandants reçoivent un service en commun [7].

757. La solidarité existe dans le mandat salarié aussi bien que dans le mandat gratuit [8].

Cette observation donne un grand intérêt à la distinction

(1) Laurent, XXVIII, n. 29 ; Guillouard, n. 171. — *Contra* Rennes, 9 avril 1827, S. chr. — Pont, I, n. 1119.

(2) Guillouard, n. 172.

(3) V. *supra*, n. 651 s.

(4) L. 59, § 3, D., *Mand.*, 17. 1.

(5) Arrêt de Grenoble, 24 mai 1685, cité par l'annoteur de Chorier, *La jurispr. de Guy-Pape*, 2e éd., 1769, liv. V, sect. 1, art. 7, p. 287 (pour le cas même où un seul des mandants a signé l'acte). — Domat, liv. I, tit. XV, sect. 2, § 15 ; Pothier, n. 82.

(6) Domat, *loc. cit.*

(7) Rapport de Tarrible au Tribunat, Fenet, XIV, p. 599 ; Guillouard, n, 176.

(8) Troplong, n. 688 s. ; Pont, I, n. 1124 ; Guillouard, n. 177. — C'est à tort qu'on a appliqué cette solution aux frais d'impressions d'affiches commandées par les membres d'un comité électoral. Paris, 1er avril 1889, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 232. Le contrat passé avec l'imprimeur n'est pas un mandat ; c'est soit un louage d'ouvrage, soit, plus exactement, une vente.

entre le mandat salarié et le louage d'ouvrage, où cette solidarité n'existe pas.

Ainsi l'avoué a une action solidaire contre les parties qui le chargent ensemble d'une affaire (1).

Si l'on considère avec nous le notaire comme un locateur d'ouvrage (2), il n'a pas, pour le recouvrement de ses honoraires, d'action solidaire contre ses clients (3).

Il en est autrement dans l'opinion contraire (4), qui est celle de la jurisprudence.

En tout cas le notaire a une action solidaire contre les parties pour le recouvrement des droits d'enregistrement, par application sinon de l'article 2002 du Code civil, au moins de l'article 31 de la loi du 22 frimaire an VII (5).

(1) Liège, 2 avril 1810, S. chr. — Orléans, 26 juill. 1827, S. chr. — Grenoble, 23 mars 1829, S. chr. — Toulouse, 15 nov. 1831, S., 32. 2. 581. — Bordeaux, 28 nov. 1840, S., 41. 2. 144. — Guillouard, n. 177.

(2) V. *supra*, n. 384.

(3) Laurent, XXVIII, n. 37 s. ; Labbé, *Note*, S., 93. 1. 498.

(4) Cass., 27 janv. 1812, S. chr. — Cass., 19 avril 1826, S. chr. — Cass., 10 nov. 1828, S. chr. — Cass., 20 mai 1829, S. chr. — Cass. civ., 9 avr. 1850, S. 50. 1. 538, D., 50. 1. 124. — Cass. civ., 7 nov. 1882, S., 83. 1. 151, D., 82. 1. 473. — Cass. req., 19 févr. 1883, D., 84. 1. 125. — Cass. req., 5 nov. 1888, S., 89. 1. 167, D., 89. 1. 404. — Cass. civ., 30 janv. 1889, S., 89. 1. 433, D., 89. 1. 400. — Cass. civ., 23 et 29 oct. 1889, S., 89. 1. 472, D., 90. 1. 390. — Cass. req., 17 juin 1890, S., 90, 1. 417, D., 91. 1. 272. — Caen, 7 juin 1837, S., 37. 2. 409. — Riom, 8 déc. 1833, S., 39. 2. 419. — Toulouse, 20 avril 1847, S., 47. 2. 465. — Amiens, 28 déc. 1849, S., 50. 2. 160. — Dijon, 20 fév. 1867, S., 67. 2. 130. — Aix, 29 fév. 1876, S., 77. 2. 115, D., 77. 2. 36. — Limoges, 27 déc. 1878, S., 80. 2. 287. — Agen, 11 janv. 1888, *Rev. not.*, 88. 430. — Alger, 3 juin 1889, *Loi*, 2 août 1889. — Paris 1er mai 1891, *Loi*, 6 août 1891. — Nancy, 25 janv. 1892, *Rec. Nancy*. 92. 204. — Amiens, 2 juil. 1892, *Rec. Amiens*, 92. 236. — Montpellier, 12 déc. 1895, D., 96. 2. 206. — Trib. civ. Louviers, 21 déc. 1882, D., 84. 3. 127. — Trib. civ. Langres, 14 mai 1884, S., 86. 2. 46. — Trib. civ. Alger, 23 mars 1887, *Rev. algér.*, 89. 41. — Trib. civ. Agen, 28 mai 1887, *Rev. not.*, 87. 668. — Trib. civ. Lyon, 7 févr. 1889, *Mon. jud. Lyon*, 27 mars 1889 (et même si les frais sont mis à la charge d'un seul). — Trib. civ. Mantes, 24 févr. 1890, *Loi*, 10 déc. 1890. — Trib. civ. Lyon, 4 mai 1894, *Mon. jud. Lyon*, 29 juin 1894. — Trib. civ. Bourganeuf, 19 janv. 1895, *Gaz. Pal.*, 95, 1, *Suppl.*, 13. — Bruxelles, 7 mai 1895, *Pasicr.*, 95. 2. 313. — Demolombe, XXVI, n. 258 ; Clerc, *Tr. du not.*, I, n. 410 ; Amiaud, *Le tarif des notaires*, II, p. 312 ; Rutgeerts et Amiaud, *Comment. sur la loi du 25 vent. an XI*, III, n. 1173 ; Pont, I, n. 853 et 1126 ; Guillouard, n. 177. — Cpr. Labbé, *loc. cit.*

(5) Trib. civ. Lyon, 4 mai 1894, précité. — Il va sans dire que si une seule des parties dépose un acte sous seing privé en l'étude d'un notaire, le notaire n'a de recours que contre cette partie pour le recouvrement des droits d'enregistrement. Trib. civ. Castelsarrasin, 2 juill. 1880, *Journ. des not.*, n. 22457. — Trib. civ.

En tout cas aussi le notaire n'a de recours, pour les honoraires relatifs à une disposition d'un acte, que contre les personnes qui ont été parties à cette disposition même (1).

On admet aussi que l'agent d'affaires qui a rédigé un acte a une action solidaire contre ses clients pour le payement de ses honoraires (2).

758. On décide que les arbitres ont également une action solidaire pour le recouvrement de leurs honoraires, parce que ce sont des mandataires (3) ; c'est une erreur, les arbitres ne sont pas des mandataires (4).

Le principe de l'article 2002 sert à résoudre le point de savoir si un expert désigné pour faire une opération ordonnée par la justice a le droit de réclamer aux deux parties en cause solidairement le payement de ses honoraires, dans l'opinion qui considère les experts comme des mandataires (5).

Au cas où l'expertise a été sollicitée par les deux parties, l'action existe solidairement contre les deux parties, qui jouent toutes deux le rôle de mandants (6).

Trévoux, 29 mai 1894, *Mon. jud. Lyon*, 29 déc. 1894. — De même le notaire n'a pas d'action contre une personne qui est intervenue seulement pour accepter une délégation ou une subrogation. Cass. req., 5 nov. 1888, précité. — Cass. req., 17 juin 1890, précité. — Agen, 11 janv. 1888, précité. — Trib. civ. Agen, 28 mai 1887, précité. — Trib. civ. Gray, 21 août 1880, *Journ. des not.*, n. 22459. — V. cep. Trib. civ. Langres, 14 mai 1884, précité. — Ou comme bailleur de fonds. Trib. civ. Auxerre, 31 août 1880, *Journ. des not.*, n. 22459.

(1) Les honoraires afférents à un legs particulier ne peuvent être réclamés qu'au légataire particulier et non pas au légataire universel. Trib. civ. Grenoble, 19 juin 1868, S., 68. 2. 320. — Trib. civ. Fontainebleau, 27 juin 1887, S., 88. 2. 174. — *Contra* Trib. civ. Réole, 20 mars 1835, S., 70. 2. 223 (note). — Trib. civ. Vienne, 5 nov. 1886, S., 88. 2. 174. — Ni à d'autres légataires particuliers. Trib. civ. Grenoble, 19 juin 1868, précité. — Clerc, *Tr. du not.*, I, n. 699 et 700. — *Contra* Trib. civ. Uzès, 17 janv. 1867, S., 67. 2. 88. — V. aussi la note précédente.

(2) Trib. civ. Versailles, 26 juil. 1889, *Loi*, 9 nov. 1889.

(3) Cass., 17 nov. 1830, S., 31. 1. 28. — Guillouard, n. 177. — *Contra* Laurent, XXVIII, n. 37 s.

(4) V. *supra*, n. 383.

(5) V. *supra*, n. 383.

(6) Cass. req., 11 août 1813, S. chr. — Aix, 2 mars 1833, S., 33. 2. 568, D. *Rép.*, v° *Expert*, n. 266. — Grenoble, 13 déc. 1848, S., 49. 2. 604, D., 50. 2. 19. — Amiens, 24 oct. 1901, D. 1903, 2. 281. — Guillouard, n. 177. — V. cep. Grenoble, 23 juin 1810, S. chr., D., 48. 2. 258 (l'action devrait être divisée, la solidarité ne se présumant pas).

Il en est de même si l'expertise a été ordonnée d'office par le tribunal (1) ; car alors l'expert est le mandataire judiciaire des deux parties.

Si enfin l'expertise a été sollicitée par une seule des parties, cette partie seule peut être directement poursuivie par l'expert (2). Toutefois la partie adverse peut être également poursuivie si ensuite elle a, d'une manière quelconque, adhéré à la demande d'expertise (3). Mais il ne suffit pas que cette partie ait assisté aux opérations (4).

Dans l'opinion (c'est la nôtre) d'après laquelle les experts ne sont pas des mandataires, ils n'ont jamais droit à l'action solidaire.

En cas d'expertise amiable, chaque expert ne saurait être le mandataire que de la partie qui l'a désigné ; il n'a donc d'action que contre elle (5).

759. Le syndic d'une faillite n'a pas d'action solidaire contre les créanciers (6), car il est le mandataire de la masse des créanciers (sans qu'il faille aller jusqu'à dire avec certains auteurs que cette masse forme une personne morale) et non pas des créanciers eux-mêmes.

On admet que le mandataire légal ne bénéficie pas de la solidarité (7) ; dérogeant au droit commun, cette solidarité ne peut être étendue ; or l'article 2002 l'édicte seulement pour le cas où « le mandataire a été constitué par plusieurs personnes », ce qui suppose un mandat conventionnel. D'autre part le motif de décider n'est pas le même, car la solidarité est fondée sur la volonté des parties et le mandataire

(1) Montpellier, 30 janv. 1840, S., 40. 2. 218, D. *Rép.*, v° *Expert*, n. 268. — Rennes, 25 janv. 1844, S., 45, 2. 17, D., 45. 2. 158. — Amiens, 24 oct. 1901, précité. — Trib. civ. Tarbes, 6 août 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 418 (motifs). — Guillouard, n. 177.

(2) Alger, 25 octobre 1893, *Rev. algér.*, 1894, p. 29. — V. cep. Guillouard, n. 177.

(3) Bordeaux, 8 juin 1855, S., 55. 2. 585, D., 56. 2. 270. — Alger, 25 oct. 1893, précité (motifs).

(4) Alger, 25 oct. 1893, précité.

(5) Trib. civ. Tarbes, 6 août 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2. 418.

(6) Cass., 23 mai 1837, S., 37. 1. 839. — Pont, I, n. 1127 ; Laurent, XXVIII, n. 40 ; Guillouard, n. 178.

(7) Rodière, *De la solidarité*, n. 220 ; Pont, I, n. 1129 ; Laurent, XXVIII, n. 41 ; Guillouard, n. 178.

légal n'est pas choisi par les parties. Enfin, appliquée au mandataire légal, la solidarité serait excessive, car les parties ne pourraient y déroger.

760. La solidarité suppose que le mandat est donné pour une affaire commune, il doit donc avoir le même objet pour tous les mandants ([1]).

Evidemment le mandat donné par un intéressé n'engage pas solidairement les autres intéressés. Mais si le mandat est donné par quelques-uns des intéressés, il les engage tous solidairement. C'est par inadvertance qu'on a prétendu ([2]) que la solidarité est subordonnée au concours de tous les intéressés au mandat.

Enfin la solidarité n'existe qu'entre mandants qui ont constitué le mandataire par le même acte. S'ils ont agi par acte différent, ils ne sont pas solidaires, malgré la communauté d'intérêts ([3]) ; car les mandants sont étrangers les uns aux autres.

Cependant, si l'indemnité réclamée par le mandataire n'est pas plus forte que si un seul mandat lui avait été conféré, on admet non pas à la vérité une action solidaire, mais une action *in solidum* ([4]). Cela nous paraît peu exact.

§ II. *Durée de la solidarité.*

761. La solidarité dure autant que l'action elle-même. L'un des mandants ne peut échapper à l'action du mandataire en se fondant sur ce que le retard dans le recours du mandataire a laissé aux autres mandants le temps de devenir insolvables ([5]).

([1]) Cass., 12 mars 1833, S., 33. 1. 302. — Cass., 7 fév. 1866, S., 66. 1. 93, D., 66. 1. 259. — Troplong, n. 688 ; Pont, I, n. 1124 ; Guillouard, n. 179.

([2]) Guillouard, n. 179.

([3]) Rodière, *De la solidarité*, n. 217 ; Pont, I, n. 1125 ; Laurent, XXVIII, n. 35 ; Guillouard, n. 179. — V. cep. Cass., 4 fév. 1834, S., 34. 1. 713.

([4]) Rodière, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

([5]) Cass. civ., 30 janv. 1889, S., 89. 1. 433. D., 89. 1. 400 (pour le notaire) — Cass. civ., 23 et 29 oct. 1889, S , 89. 1. 472, D., 90. 1. 390.

SECTION IV

GARANTIES DE RECOUVREMENT ACCORDÉES AU MANDATAIRE

§ I. *Privilège.*

762. Le mandataire n'a aucun privilège sur la chose qui faisait l'objet du mandat: il ne peut prétendre au privilège du gagiste, puisque ce privilège repose sur une convention de gage, qui n'existe pas dans l'espèce.

Ainsi le mandataire (le banquier par exemple) chargé d'acheter des titres n'a aucun privilège pour ses avances e ses honoraires sur ces titres (1).

Le mandataire a cependant un privilège sur la chose à raison des frais qu'il a faits pour sa conservation, conformément à l'article 2102-3° (2).

§ II. *Droit de rétention.*

763. Le mandataire a, suivant l'opinion générale, pour l'exécution des obligations du mandant, un droit de rétention sur les objets au sujet desquels le mandat avait été conféré et pour lesquels le mandataire a fait des dépenses (3). On invoque en ce sens par analogie les articles 1948 et 2082 du Code civil.

Ainsi le commissionnaire peut retenir, jusqu'au remboursement du prix, les marchandises qu'il a achetées (4).

(1) *Contra* Trib. civ. Seine, 17 janv. 1893, *Droit*, 2 mars 1893.

(2) Guillouard, n. 180.

(3) Cass., 17 janv. 1866, S., 66. 1. 92, D., 66. 1. 77. — Dijon, 27 janv. 1887, S., 88. 2. 81, D., 87. 2. 166. — Pau, 28 mars 1892, S., 93. 2. 225. — Paris, 15 juin 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2, 2e p., 15. — Bordeaux, 27 nov. 1894, *Loi*, 26 mars 1895. — Orléans, 20 juil. 1899, S., 1900. 2. 136. — Trib. com. Nantes, 5 déc. 1891, *Rec. Nantes*, 92. 1. 78. — Trib. civ. Seine, 17 janv. 1893, *Droit*, 2 mars 1893. — Duranton, XVIII, n. 264; Valette, *Des priv. et hyp.*, n. 6; Glasson, *Du dr. de rétention*, p. 150 et 151; Guillouard, n. 150 et *Tr. du dr. de rétention*, n. 85. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Tr. du nantiss., des priv. et hyp.*, I, n. 236; Eck, *loc. cit.* — Trib. com. Saint-Pétersbourg, 17 juin 1875, *Journ. dr. int.*, V, 1878, p. 300 (commissionnaire en douane). — *Contra* Bordeaux, 14 janv. 1830, S. chr. — Paris, 13 avril 1892, D., 93. 2. 228.

(4) Cass, 6 avril 1875, S., 75. 1. 229, D., 75. 1. 354. — Paris, 24 juin 1869, S., 69. 2. 302, D., 70. 2. 12 (motifs). — Guillouard, *Tr. du dr. de rétention*, n. 86

Par exemple le banquier ou l'agent de change ont un droit de rétention sur les titres qu'ils ont achetés (1), ou qui leur ont été remis comme couverture (2).

De même le commis-voyageur (souvent considéré comme mandataire) a un droit de rétention sur les échantillons que lui a confiés son patron (3).

764. L'avoué non payé de ses frais peut également retenir le dossier de son client, remis pour le procès, ou les pièces qu'il a obtenues en payant ces frais (4).

De même l'huissier a un droit de rétention sur les originaux des actes qu'il a signifiés (5).

Le notaire aussi a le droit de retenir, jusqu'au remboursement de ses avances, les pièces qui ont donné lieu à ces avances ou qui lui ont été confiées pour exécuter son mandat (6).

Ce droit de rétention s'étend même aux pièces comptables (7).

Il a même été décidé que le client peut être tenu de dom-

(1) Metz, 23 juin 1857, S., 57. 2. 81. — Guillouard, *Tr. du dr. de rétention*, n. 86. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.*

(2) Paris, 28 fév. 1857, S., 57.2.387. — Trib. civ. Seine, 15 mars 1890, *Droit*, 20 avril 1890. — Guillouard, *loc. cit.*

(3) Limoges, 20 déc. 1899, *Rec. Riom*, 1901. 74.

(4) Cass. civ., 10 août 1870, S., 70. 1. 398, D., 71. 1. 40. — Cass civ., 6 fév. 1877, S., 77. 1. 168, D., 77. 1. 79. — Paris, 25 août 1849, S., 49. 2. 491. — Agen, 23 mai 1851, S., 52. 2. 111, D., 52. 2. 232. — Rouen, 15 déc. 1851, S., 53. 2. 299, D., 54. 5. 71. — Rouen, 3 mai 1875, S., 77. 2. 7, D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Avoué*, n. 20. — Rennes, 15 juin, 1860, S., 62. 2. 542. — Bordeaux, 7 fév. 1866, S., 66. 2. 184. — Pau, 20 juil. 1892, S., 93. 2. 8. — Dijon, 27 janv. 1887, S., 88. 2. 82, D., 87. 2. 166. — Bordeaux, 12 avril 1900, D., 1901. 2. 162. — Trib. civ. Seine, 24 mars 1877, *Journ. dr. int.*, V, 1878, p. 38. — Garsonnet, I, p. 370 § 93, note 19. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.* — Mais l'avoué de première instance ne peut refuser de transmettre le dossier à l'avoué d'appel, pourvu que ce dernier s'engage à le rétablir entre ses mains, après que l'instance en appel est terminée. Agen, 23 mai 1851, Rouen, 3 mai 1875, Pau, 20 juil. 1892, précités, — *Angleterre*. L'avoué peut retenir le dossier jusqu'au payement des frais. V. Haute-Cour, 18 nov. 1875, *Weekly Reporter*, XXIV, p. 54. *Anal. Journ. dr. intern.*, III, 1876, p. 35. — Haute-Cour (chancellerie), *Law. Rep.*, IV, Ch. D., 129, *Journ. dr. intern.*, IV, 1877, p. 444.

(5) Rouen, 11 fév. 1870, S., 70. 2. 333. — Bordeaux, 14 mai 1879, S., 79. 2. 207. — Guillouard, *op. cit.*, n. 86.

(6) Orléans, 20 juil. 1899, S., 1900. 2. 136, D., 1900. 2. 131 et 336.

(7) Amiens, 4 janv. 1893, D., 93. 2. 375.

mages-intérêts s'il accompagne une action en restitution de pièces, de plaintes préjudiciables au notaire (1).

L'avocat a également un droit de rétention sur le dossier de son client (2).

764 *bis*. Le mandataire qui peut exiger une décharge n'a pas le droit de rétention jusqu'au moment où cette décharge lui sera donnée (3). L'opinion contraire revient à soutenir que le mandataire n'est pas tenu d'exécuter son obligation de restituer dès lors que le mandant lui refuse la décharge, c'est-à-dire prétend que d'autres obligations encore n'ont pas été exécutées par le mandataire.

765. Le mandataire ne peut retenir les choses qui lui ont été remises en dehors du mandat (4).

De même, si plusieurs mandats ont été conférés par le même mandant au même mandataire, ce dernier ne peut retenir, pour les avances faites à l'occasion de chaque mandat, que les objets confiés en vue de ce mandat (5). Ainsi un avoué ne peut retenir, pour ses avances, le dossier d'une affaire précédente (6).

766. Le droit de rétention ne peut même être exercé sur des actes confiés pour fournir des indications, mais à l'occasion desquels les avances n'ont pas été faites, ou sur tous autres actes remis en vue du mandat (7).

767. Pour le paiement de ses honoraires, le mandataire n'a pas de droit de rétention, car la dette n'est pas relative aux choses qui font l'objet du mandat (8) ; ainsi l'avoué n'a

(1) Amiens, 4 janv 1893, précité.

(2) Garsonnet, I, p. 410, § 103.

(3) *Contra* Cass. req., 21 mai 1900, D., 1901. 1. 265.

(4) Rennes, 14 août 1859, S., 60. 2. 36. — Guillouard, *op. cit.*, n. 87.

(5) Trib. civ. Seine, 17 janv. 1893, *Droit*, 2 mars 1893.

(6) Bordeaux, 12 avril 1900, précité.

(7) Trib. civ. Seine, 20 oct. 1894, *Droit*, 6 janv. 1895. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.* — *Contra* Cass., 17 janv. 1866. S., 66.1.92, D., 66. 1.76. — Cass. civ., 10 août 1870, S., 70. 1. 398, D., 71. 1. 40. — Trib. civ. Montélimar, 6 mars 1868, S., 68. 2. 120. — Glasson, *Du dr. de rétention*, p. 151 ; Guillouard, *op. cit.*, n. 87. — L'agent révoqué d'une compagnie d'assurances ne peut retenir les archives ; on dit que c'est parce qu'il n'est pas possesseur. Toulouse, 16 mars 1887, S., 88. 2. 28, D., 88. 2. 161. — Guillouard, *op. cit.*, n. 88

(8) Paris, 13 avril 1892, *Droit*, 4 sept. 1892. — Baudry-Lacantinerie et de Loy-

pour cet objet aucun droit de rétention, même sur les actes de procédure (1).

De même l'agent d'assurances n'a pas le droit de retenir les archives qui lui ont été confiées (2).

Il peut seulement les retenir le temps nécessaire pour liquider son compte avec le mandant (3).

768. Comme tous les droits de rétention, celui du mandataire exige comme condition la possession de la chose ; après s'en être dessaisi, l'avoué ne peut la reprendre (4).

§ III. *Saisie des biens du mandant.*

769. Pour le paiement de ses créances sur le mandant, le mandataire, comme tout créancier, a le droit de saisir les biens du mandant ; il lui faut, comme à tout créancier, un titre exécutoire ; mais, si ce titre existe, il n'a pas besoin de mettre, préalablement à la saisie, le mandant en demeure (5).

SECTION V

DES OBLIGATIONS DU MANDANT ENVERS LE MANDATAIRE EN DROIT INTERNATIONAL

770. Les obligations du mandant vis-à-vis du mandataire sont déterminées par la loi du lieu où le mandat est donné (6) ; elles ne sont pas déterminées par la loi du lieu où le man-

nes, *loc. cit.* — *Contra* Cass. civ., 17 janv. 1866, S., 66. 1. 92, D., 66. 1. 76. — Cass. civ., 29 nov. 1871, S., 71. 1. 209. — Dijon, 27 janv. 1887, S., 88. 2. 82. D., 87. 2. 166 (un notaire peut retenir un titre de rente pour ses honoraires concernant la rédaction d'un certificat de propriété de ce titre). — Toulouse, 16 nov. 1887, S., 88. 2. 28, D., 88. 2. 161. — Nancy, 29 juin 1889, S., 90. 2. 226, — Orléans, 20 juil. 1899. S., 1900. 2. 136 (honoraires). — Trib. comm. Seine, 2 nov. 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 2. 576. — Guillouard, *Tr. du dr. de rétention*, n. 89.

(1) Cass. civ., 10 août 1870, S., 70. 1. 398, D., 71. 1. 40. — *Contra*, Agen, 23 mai 1851, précité. — Bordeaux, 12 avril 1900, précité. — Garsonnet, I, p. 370, § 93, note 19.

(2) V. la note 7, p. 408, *supra*.

(3) Nancy, 29 juin 1889, précité.

(4) Metz, 27 avril 1869, S., 69. 2. 237, D., 71. 2. 186. — Garsonnet, I, p. 369, § 93, note 17.

(5) V. cep. Cass. req., 16 mars 1896, S., 1900. 1. 508, D., 96.1.554.

(6) Von Bar, *Th. und Praxis des intern. Privatrechts*, p. 108, n. 284 et les autorités citées à propos des obligations du mandataire, *supra*, n. 697.

dat doit être exécuté [1], ni par la loi nationale ou celle du domicile du mandant [2].

Cependant si les deux parties ont la même nationalité, c'est leur loi nationale qui règle les obligations du mandant, comme celles du mandataire [3].

Par application des principes qui précèdent, la question de savoir si un avocat a droit à des honoraires est réglée par la loi du lieu où se forme la convention entre l'avocat et son client [4], sauf s'ils ont la même nationalité.

771. La question de savoir dans quelles conditions le mandataire peut exercer le droit de rétention sur la chose du mandataire est réglée par la loi du lieu où le mandat a été donné et non pas par celle du lieu où le mandat a été exécuté [5].

Mais les formes de l'exercice de ce droit sont réglées par la loi du lieu où il s'exerce [6].

CHAPITRE X

RAPPORTS DU MANDANT ET DU MANDATAIRE AVEC LES TIERS

SECTION PREMIÈRE

OBLIGATIONS DU MANDANT VIS-A-VIS DES TIERS

§ I. *Obligations du mandant relativement aux actes passés par le mandataire dans la limite de ses pouvoirs.*

772. La conséquence la plus importante du principe que le mandataire représente le mandant est que « *le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le man-*

(1) V. les mêmes autorités. — *Contra* Trib. sup. Empire allemand, 18 mai 1884, *Journ. dr. int.*, XIII, 1886, p. 609.

(2) Décidé au contraire que les obligations du mandant sont déterminées par sa loi nationale. Hambourg, 21 mai 1899, *Journ. dr. int.*, XVIII, 1891, p. 572. — Trigant-Geneste, *Journ. dr. int.*, XVIII, 1891, p. 573.

(3) V. *supra*, n. 697.

(4) Décidé que cette question se règle par la loi du lieu où l'avocat exerce habituellement ses fonctions, quoiqu'il ait plaidé ailleurs. Conseil privé d'Angleterre, 12 juillet 1884, *Journ. dr. int.*, XIII, 1886, p. 116.

(5) *Contra* Trib. Emp. Allemagne, 16 déc. 1885, *Journ. dr. int.*, XIV, 1887, p. 84.

(6) Trib. Emp. Allemagne, 16 déc. 1885, précité.

« *dataire conformément au pouvoir qui lui a été donné* » (1) (art. 1998, al. 1er).

772 *bis*. Le mandataire, avons-nous dit, représente le mandant : suivant le langage de Pothier (2), il interpose son ministère pour le compte du mandant.

Tous les actes du mandataire sont donc réputés avoir été faits par le mandant (3). Aussi la faute du mandataire est-elle assimilée à celle du mandant (4).

De même le mandant est engagé par les aveux du mandataire en tant que le mandataire était autorisé à faire ces aveux (5).

De même encore les condamnations prononcées contre le mandataire en cette qualité peuvent être exécutées contre le mandant (6).

773. Le mandant agissant lui-même par l'intermédiaire du mandataire, les actes sous seing privé passés par ce dernier font foi de leur date vis-à-vis du mandant (7), notamment pour la question de savoir si l'acte est antérieur ou postérieur à la cessation du mandat (8).

Le mandant peut d'ailleurs prouver la fausseté de la date par tous les modes de preuve, conformément à l'article 1348 (9).

(1) On a critiqué le mot *contractés*, par la raison que le mandataire ne contracte pas personnellement, mais pour le mandant. Laurent, XXVIII, n. 59; Guillouard, n. 184. — Nous ne partageons pas ce sentiment ; l'art. 1998 ne dit pas que le mandataire contracte en son propre nom.

(2) N. 87. — Certains auteurs permettaient, si le mandat était verbal, au mandataire d'exiger que le mandant ratifiât les actes faits conformément au mandat. Argou, II, p. 351. liv. III, ch. XXXVII.

(3) Cass. civ., 15 juin 1898, S., 99. 1. 209. —Tissier, *Note*, S., 99. 1. 209.

(4) V. *infra*, n. 582.

(5) Cass. civ., 23 oct. 1894, S., 95. 1. 226 (impl.).

(6) Bordeaux, 11 juill. 1866, S., 67. 2. 44. — Aubry et Rau, IV, p. 650, § 415, note 1 ; Guillouard, n. 184.

(7) Cass., 19 nov. 1834, S., 35. 1. 666. — Cass. req., 7 mars 1893, S., 93. 1. 291, D., 93. 1. 255. — Bordeaux, 22 janv. 1827, S. chr. — Paris, 7 janv. 1834, S., 34. 2. 239. — Bourges, 25 janv. 1843, S., 43. 2. 100. — Caen, 29 déc. 1855, D., 56. 2. 291. — Dijon, 6 juill. 1883, S., 84. 2. 44. — Troplong, n. 763 ; Demolombe, XXIX, n. 516 ; Laurent, XIX, n. 301 et XXVIII, n. 52 ; Aubry et Rau, IV, p. 655, § 416, note 17 et VIII, p. 259, § 756 ; Guillouard, n. 185.

(8) Guillouard, n. 213.

(9) Guillouard, n. 185 et 213.

Pour la même raison, la contre-lettre faite par le mandataire est opposable au mandant (1).

De même les actes émanant du mandataire constituent contre le mandant un commencement de preuve par écrit si, dans le cas où ils auraient été signés du mandant lui-même, ils avaient constitué un commencement de preuve par écrit contre lui (2).

Si le mandataire a agi en son propre nom, les tiers peuvent se faire céder les actions de ce dernier contre le mandant, et lui réclamer le montant total des engagements du mandataire (3).

774. Mais le mandant n'est engagé que par l'original du mandat et non pas par la copie ou l'expédition qui, à raison d'une erreur ou d'une fraude, se trouveraient différentes de l'original (4). On ne peut, en effet, rendre le mandant responsable de la faute d'un tiers. Il en est ainsi, par exemple, si une erreur a été commise par les agents du télégraphe dans la transmission d'un télégramme (5).

La seule ressource des tiers est alors de recourir contre la personne en faute (6).

Il nous paraît en être ainsi même si la modification est due à une faute ou à une fraude du mandataire. Sans doute, le mandant est responsable du fait de son préposé (C. civ., 1384) ; mais le mandataire, en tant qu'il s'attribue des pouvoirs qui ne lui appartiennent pas, n'est plus le préposé du mandant.

Ces diverses règles s'appliquent également aux héritiers du mandant (7).

(1) Bordeaux, 29 juill. 1826, S. chr. — Pont, I, n. 1063 ; Laurent, XXVIII, n. 53 ; Guillouard, n. 185.

(2) Cass., 16 juin 1890, S., 90. 1. 385. — Nancy, 4 mars 1893, S., 93. 2. 173.

(3) Laurent, XXVIII, n. 63; Guillouard, n. 192 *bis*. — Décidé qu'ils n'ont contre le mandant que l'action *de in rem verso*. Paris, 6 août 1850, D., 54. 5. 483. — Alger, 7 juin 1899, D., 1901. 2. 181.

(4) Amiens, 11 mai 1854, S., 55. 2. 186, D , 59. 2. 147. — Trib. com. Saint-Brieuc, 7 déc. 1891, *Rec. d'Angers*, 92. 212. — Aubry et Rau, IV, p. 651, § 415, note 3 ; Laurent, XXVIII, n. 59 ; Guillouard, n. 189 ; Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, art. 1110, n. 51.

(5) Décisions précitées.

(6) Guillouard, n. 189.

(7) Cass. req., 23 oct. 1894, D., 95. 1. 226.

775. Nous avons examiné si les actes du substitué sont opposables au mandant (1).

776. En principe, on ne peut imposer à une personne l'obligation d'exécuter les engagements contractés en son nom par un faux mandataire vis-à-vis d'un tiers, alors même que ce tiers ne pouvait apercevoir la fausseté du mandat (2).

Toutefois on décide le contraire soit pour les lettres de crédit (3), soit pour les chèques (4). On invoque par analogie les articles 145 et 187 du Code de commerce, relatifs aux lettres de change et aux billets à ordre; mais ces textes sont étrangers à la question.

§ II. *Obligations du mandant relativement aux actes passés par le mandataire hors de la limite de ses pouvoirs.*

I. *Obligations du mandant à défaut de ratification.*

777. Le mandant n'est tenu des actes du mandataire que si ce dernier a agi dans les limites de son mandat. En tant qu'il les excède, il est sans pouvoir, et par suite il n'oblige plus le mandant (art. 1998). Nous avons d'ailleurs fixé plus haut les limites des pouvoirs du mandataire (5).

La solution que donne l'article 1998 doit être appliquée au directeur d'une société, considéré comme mandataire (6).

Par application du principe, les tiers ne peuvent opposer au mandant un acte fait en dehors des termes du mandat (7).

(1) V. *supra*, n. 589.
(2) Lyon, 4 déc. 1888, *Mon. jud. Lyon*, 7 déc. 1888.
(3) Trib. com. Seine, 28 oct. 1889, *Loi*, 24 nov. 1889.
(4) Lyon, 4 déc. 1888, précité.
(5) V. *supra*, n. 520 s.
(6) Trib. com. Marseille, 27 fév. 1894, sous Cass., 13 mai 1896, D., 96. 1. 421.
(7) Chambéry, 8 juill. 1854, D., 55. 2. 242. — Caen, 22 juin 1891, *Rec. Rouen*, 91. 2. 129. — Duranton, XVIII, n. 260; Aubry et Rau, IV, p. 651, § 415, note 5; Laurent, XXVIII, n. 64; Pont, I, n. 1067; Guillouard, n. 137, 188, 194 et 195. — Ainsi le pouvoir d'emprunter avec hypothèque ne permet pas aux créanciers du mandataire de se prévaloir de l'hypothèque qu'il leur a consentie sur les biens du mandant. Turin, 10 nov. 1810, S. chr. — Guillouard, n. 187.

Ce dernier n'a pas besoin d'intenter une action en nullité de ces actes (1).

Ainsi le mandant n'est pas tenu des engagements que prend le mandataire contrairement aux termes du mandat, ou même de ceux qu'il prend sans y être autorisé. Si, par exemple, le mandataire, en cédant une créance, rend le mandant responsable de la solvabilité actuelle et future du débiteur cédé, cette clause n'est pas opposable au mandant (2).

778. Nous avons vu que par exception les actes faits par le mandataire en dehors du mandat peuvent être valables s'ils offrent pour le mandataire autant ou plus d'avantage que les actes imposés au mandataire (3).

De même le mandant est tenu de tous les actes du mandataire dans les limites de l'enrichissement qu'ils lui ont procuré (4).

779. C'est d'ailleurs aux tiers qu'il appartient de prouver en cas de contestation, que le mandataire n'a pas dépassé ses pouvoirs (5).

Toutefois, jusqu'à preuve contraire, l'avoué est censé n'avoir pas excédé ses pouvoirs (C. pr. civ., art. 352 s.).

780. Par exception le mandant est tenu des actes excédant les pouvoirs du mandataire si les tiers ont pu et dû croire que ces actes rentraient dans les pouvoirs du mandataire (6). Dans ce cas le mandant a commis une faute en n'éclairant pas suffisamment les tiers sur la portée du mandat.

Ainsi le mandant est responsable envers les tiers de la nullité d'une garantie que leur accorde le mandataire, si les

(1) Mêmes autorités.

(2) Douai, 25 janv. 1897, D., 97. 2. 319.

(3) V. *supra*, n. 617 s.

(4) Alger, 7 juin 1899, D., 1901. 2. 181.

(5) Garsonnet, *Tr. de proc.*, I, p. 369, § 93.

(6) Cass. civ., 23 nov. 1903, D., 1906. 1. 66. — Nancy, 25 fév. 1890, D., 90. 2. 347. — Bordeaux, 13 nov. 1890, *Rec. de Bordeaux*, 91. 1, 99. — Alger, 5 juin 1899, précité. — Limoges, 15 juil. 1899, sous Cass. 12 juin 1901, D., 1902. 1. 55. — Trib. civ. Annecy, 3 mai 1888, *Loi*, 31 mai 1888. — Trib. civ. Seine, 26 fév. 1891, *Mon. jud. Lyon*, 15 avril 1891. — Trib. com. Marseille, 16 fév. 1901, *Rec. Marseille*, 1901. 1. 197. — Guilloard, n. 186; Thaller, *Note*, D., 1902. 1. 5.

tiers ont pu croire que le mandataire avait le droit de l'accorder (1).

De même, comme le disait Pothier (2), le mandant est tenu de deux emprunts successifs contractés auprès de deux personnes différentes par le mandataire chargé d'emprunter une somme déterminée (3).

De même encore, l'inaccomplissement des conditions imposées par le mandant n'empêche pas la validité de l'acte passé par le mandataire si le tiers n'a pas eu connaissance de ces conditions (4).

Enfin les tiers ne sont pas coupables de ne pas avoir vérifié les termes du mandat si la nature des fonctions du mandataire entraîne par elle-même certains pouvoirs (5), en un mot si le mandant a fourni aux tiers des raisons de croire à un mandat plus étendu que le mandat véritable (6).

Il en est ainsi du commis ou préposé (7), du représentant de commerce (8), du commis-voyageur (9).

Mais les actes du faux mandataire ou les actes conformes à la copie et contraires à l'original de la procuration ne sont pas opposables au mandataire (10).

(1) Cass. req., 17 avril 1896, D., 97. 1. 40 (le mandant est responsable du préjudice causé à un bailleur de fonds, par la disparition des hypothèques appartenant au mandant sur les immeubles de son débiteur et auxquelles le mandataire a subrogé le bailleur de fonds, si le mandant avait antérieurement donné mainlevée de ces hypothèques).

(2) N. 89.

(3) Bordeaux, 13 nov. 1890, D., 92. 2. 364. — Paris, 5 mars 1892, D., 92. 2. 263. — Trib. civ. Limoges, 8 déc. 1899, *Gaz. Pal.*, 1900. 1. 97. — Pont, I, n. 1064; Aubry et Rau, IV, p. 650, § 415, note 2; Laurent, XXVIII, n. 56; Guillouard, n. 186.

(4) Ainsi décidé pour la charge d'emploi imposée à un mandataire chargé d'aliéner. — Toulouse, 30 janv. 1893, sous Cass., 5 nov. 1894. S., 98. 1. 514, D., 96. 1. 33. — Boistel, *Note*, D., 96. 1. 33.

(5) Cass., 14 fév. 1829, S. chr. — Cass., 16 août 1860, S., 61. 1. 283, D., 60. 1. 493. — Paris, 25 mars 1892, D., 92. 2. 263. — Toulouse, 31 mars 1900, *Loi*, 31 juill. 1900 (directeur régional d'assurances).

(6) Guillouard, n. 188.

(7) Guillouard, n. 188.

(8) Trib. com. Seine, 5 avril 1899, *Droit*, 28 avril 1899. — Trib. com. Nantes, 13 déc 1899. *Rec. Nantes* 1900. 1. 243.

(9) Décidé qu'il est réputé avoir pouvoir d'engager sa maison sans ratification. Trib. com. Nantes, 30 mai 1900, *Rec. Nantes*, 1900. 1. 399.

(10) V. *supra*, n. 774 et 777.

781. Le mandant, d'autre part, ne peut opposer aux tiers les modifications au mandat dont ils n'ont pas eu connaissance (1) ; il en est de même, comme nous le verrons, de la révocation.

Toutefois il en est évidemment autrement si les tiers ont connu les modifications (2).

782. Si les pouvoirs du mandataire sont laissés en blanc dans la procuration, c'est-à-dire si le mandat est donné sous forme de *blanc-seing* (nous avons vu que cette forme de mandat est licite), le mandant est engagé par tous les actes du mandataire, même si ce dernier dépasse les pouvoirs que le mandant voulait lui attribuer (3).

Il n'en est autrement que si le blanc-seing a été soustrait au mandant (4).

Le mandant est aussi responsable, par application de l'article 1384 du Code civil, du vol commis par le mandataire, dans le cours de l'exécution du mandat, au préjudice d'un tiers (5) : quoique le mandataire outrepasse alors ses pouvoirs, il n'en agit pas moins dans l'exercice de son mandat, c'est-à-dire comme préposé du mandant.

Il en est de même pour le délit commis par le mandataire vis-à-vis des tiers avec lesquels il n'a pas contracté (6).

C'est pour cette raison que les amendes établies pour con-

(1) Cass. civ., 14 juin 1875, S., 75. 2. 368. — Cass. civ., 22 avril 1876, S., 79. 1. 292, D., 79. 1. 164. — Pont, I, n. 1063 ; Guillouard, n. 186.

(2) Orléans, 12 nov. 1860, D., 61. 2. 31. — Guillouard, n. 187.

(3) Cass. req., 27 déc. 1890, D., 91. 1. 464. — Guillouard, n. 191.

(4) Demolombe, XXIX, n. 362 ; Aubry et Rau, VIII, p. 221, § 756, note 9 ; Guillouard, n. 191.

(5) Cass. req., 14 juin 1847, S., 48. 1. 37, D., 47. 1. 332. — Cass. req., 20 janv. 1880, S., 80. 1. 412, D., 80. 1. 352. — Cass. civ., 14 nov. 1888, S., 91. 1. 459, D., 89. 1. 469. — Cass. req., 30 juil. 1895, S., 96. 1. 288, D., 96. 1. 132 (la société est responsable envers les tiers du dol du banquier, son mandataire, qui a déterminé les tiers à souscrire des titres).— Cass. civ., 4 déc. 1899, S., 1900. 1. 311, D., 1900. 1. 14.— Bordeaux, 13 nov. 1890, D., 92. 2. 364 (concession successive à deux personnes différentes du droit que le mandataire était chargé de confier). — Alger, 7 juin 1899, D., 1901. 2. 181 (abus de confiance). Trib. com. Seine, 28 mai 1887, *Loi*, 2 juin 1887 (déclarations inexactes dans une vente). — Laurent, XXVIII, n. 54 ; Guillouard, n. 190.— Wahl, *Note*, S., 1901. 1. 321. — *Contra* Orléans, 4 mars 1896, S., 98. 2. 25.

(6) Paris, 7 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 2e p., 24 (accident causé par la faute u mandataire chargé de conduire une voiture).

traventions aux lois fiscales peuvent être mises à la charge du mandant en cas de contravention commise par un mandataire chargé d'obéir à cette loi (1).

De même, si le dol, à supposer qu'il eût été commis par le mandant, eût entraîné l'annulation du contrat, le dol du mandataire justifie également cette annulation (2).

De même encore, quand la faute ou le dol, au lieu d'être le fondement de la responsabilité civile, est la cause d'une déchéance, la faute ou le dol du mandataire entraîne la déchéance du mandant; par exemple, l'article 447 du Code de commerce, d'après lequel certains actes passés par le commerçant avec un créancier pendant la période suspecte peuvent-être annulés si le créancier avait connaissance de la cessation des paiements, est applicable lorsque cette connaissance existait chez le mandataire qui avait passé l'acte au nom du créancier (3). La fraude du mandataire est également assimilée à celle du mandant au point de vue de l'action paulienne (4).

II. *Obligations du mandant en cas de ratification.*

A. *Formes de la ratification.*

783. Le mandant peut s'approprier par une ratification ce qui a été fait au delà du mandat par le mandataire agissant en cette qualité. « *Il n'est tenu de ce qui a pu être fait « au delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacite- « ment* », dit l'article 1998 alinéa 2.

(1) Wahl, *Note*, S., 97. 1. 362 et *Tr. de dr. fiscal*, II, n. 732 et 733. — Ainsi décidé: 1° pour l'amende du quart prononcée, en cas de dissimulation dans le prix d'une vente d'immeubles ou de fonds de commerce, par la loi du 23 août 1871. — Trib. civ. Seine, 22 juil. 1892, (3 jug.). *Rev de l'enreg.*, n. 231. — Trib. civ. Seine, 6 août et 5 nov. 1892, *Journ. de l'enreg*, n. 23958. — Sol. Régie, 4 sept. 1885, *Rép. périod. de l'enreg.*, n. 6535 (cette solution se fonde sur le mot *partie* employé par l'art. 12 de la loi de 1871); — 2° pour le droit en sus dû à défaut d'enregistrement d'une vente immobilière. — Cass. civ., 27 nov. 1895, S., 97. 1. 361. — Wahl, *loc. cit.* — La régie soutient que si preuve est faite que le mandataire en commettant la contravention a excédé ses pouvoirs, l'amende peut lui être réclamée. — Sol., 4 sept. 1885, précitée. — Mais cela est inexact. — Wahl, *loc. cit.*

(2) Cass. civ., 4 déc. 1899, précité.

(3) Cass. civ. 15 juin 1898, S., 99. 1. 209. — Tissier, *Note*, S., 99. 1. 209.

(4) Tissier, *loc. cit.*

784. La ratification *tacite* résulte d'actes accomplis par le mandant et qui font nécessairement supposer chez lui la volonté de s'approprier ce qui a été fait en dehors des limites du mandat. Question de fait, à résoudre par le juge en cas de contestation. On ne peut appliquer l'article 1338, qui subordonne à des conditions très rigoureuses la ratification de l'acte fait par un incapable ou pour son compte (1).

A la différence donc de la ratification expresse de l'article 1338, celle de l'article 1998 est valable alors même que l'acte qui la constate ne mentionne pas la substance de l'obligation, le motif de l'action en rescision et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée (2).

On décide pourtant avec raison que, comme la ratification de l'article 1338, celle de l'article 1998 doit avoir lieu avec la volonté de ratifier, existant chez le mandant et que, par suite, le silence de ce dernier sur ses intentions n'équivaut pas à la volonté de ratifier (3).

En tout cas la volonté de ratifier peut être tacite (4).

La ratification de l'article 1998, comme celle de l'article 1338, doit être faite en « connaissance de cause », c'est-à-dire avec connaissance, de la part du mandant, que l'acte passé excédait les pouvoirs du mandataire (5). En l'absence de cette condition, il y a erreur sur l'objet.

785. La ratification tacite résulte, en somme, de tous ces

(1) Cass., 11 nov. 1879, S., 81. 1. 165.— Cass. req., 23 mars 1897, S., 97. 1. 439, et les arrêts cités ci-après.— Aubry et Rau, IV, p. 651, § 415, notes 4 et 7; Guillouard, n. 196.

(2) Cass., 26 déc. 1815, S. chr. — Cass., 3 mai 1852, S., 52. 1. 447, D., 52. 1. 148. — Cass.,9 mai 1853, S., 54. 1. 30, D., 53. 1. 293. — Cass., 27 juil. 1863, S., 63. 1. 457, D., 63. 1. 460. — Cass., 15 fév. 1876, D., 76. 1. 246. — Cass., 13 juin 1883, S., 84. 1. 184, D., 84. 1. 232.— Cass. req., 6 fév. 1893, S., 96. 1. 114, D., 93. 1. 352. — Angers, 26 janv. 1849, S., 50. 2 291, D., 49. 2. 53. — Lyon, 6 juil. 1889, D., 90. 2 113. — Pau, 16 mars 1892, S., 93. 2. 125. — Duranton, XIII, n. 265 ; Larombière, *Th. et prat. des oblig.*, art. 1338, n. 3 ; Pont, I, n. 1071 ; Aubry et Rau, IV, p. 261, § 337, note 4 ; Laurent, XXVIII, n. 65 s. ; Guillouard, n. 197.

(3) Cass., 4 juin 1872, S., 72. 1. 295, D., 72. 1. 441. — Laurent, XXVIII, n. 71 ; Guillouard, n. 197. — V. cep. Cass., 3 juin 1845, S., 45. 1. 830, D., 45. 1. 324. — Rouen, 3 juill. 1846, D., 46. 2. 201.

(4) Guillouard, n. 371.

(5) Pont, I, n. 1071 ; Guillouard, n. 197.

aits qui supposent essentiellement la volonté de s'approprier l'acte du mandataire.

Il en est ainsi :

Si le mandant exige du mandataire une garantie personnelle de l'exécution des actes accomplis (1) ;

S'il a payé les frais de l'acte (2) ou le prix de l'opération (3) ;

Si, dans un acte, il constate et rappelle l'acte fait par le mandataire (4) ;

S'il exécute l'acte (5), par exemple s'il a livré les marchandises vendues en son nom par le mandataire ou reçoit les sommes encaissées par le mandataire (6), et en connaissant leur origine (7). Dans le cas où il ne connaîtrait pas cette origine, il serait simplement tenu de restituer la somme indûment reçue.

La ratification peut même, en fait, résulter du silence gardé par le mandant (8). Tel est le cas où une maison de commerce a reçu avis d'une opération faite par son représentant, et n'a pas fait d'objection (9).

Le juge du fait est souverain sur le point de savoir si le mandant a ratifié l'acte du mandataire (10).

788. Si le mandat est nul pour vice de forme, ce vice doit être réparé par la ratification ; la ratification doit donc être faite dans la forme où le mandat aurait dû être fait lui-même.

Ainsi, en cas de mandat de constituer hypothèque, nul parce qu'il n'est pas authentique, la ratification expresse ou

(1) Cass. req., 6 févr. 1893, S., 96. 1. 114, D., 93. 1. 352.
(2) Pau, 16 mars 1892, S., 93. 2. 125.
(3) Argou, liv. III, ch. XXXVII, II, p. 352.
(4) Pau, 16 mars 1892, précité.
(5) Trib. civ. Amiens, 20 nov. 1890, *Rec. d'Amiens*, 91. 106.
(6) Bordeaux, 26 avril 1887, D., 88. 2. 297.
(7) C. supr. Pensylvanie, 12 fév. 1877, *Journ. dr. int.*, IV, 1877, p. 253. — C. supr. Maine, mars 1880, *Alb. law. journ.*, XXIII, p. 177.
(8) Trib. com. Marseille, 27 fév. 1895, *Rec. Marseille*, 95. 1. 145.
(9) Trib. com. Nantes, 7 déc. 1837, *Rec. Nantes*, 88. 14.
(10) Cass. req., 21 déc. 1885, S., 87. 1. 375. — Cass. req., 6 fév. 1893, S., 96. 114, D., 93 1. 352.

tacite ne peut produire ses effets que si elle est authentique [1].

787. La ratification n'exige pas le concours du tiers avec lequel l'acte a été passé [2]; la ratification, en effet, n'est en quelque sorte qu'une procuration rétroactive, une habilitation donnée au mandataire; or la procuration est passée uniquement entre le mandant et le mandataire.

788. Il ne nous paraît même pas nécessaire que le mandataire soit présent à la ratification [3] et l'opinion contraire est sans doute due à une inadvertance. Car, s'il est vrai qu'une procuration doive être acceptée, elle peut être acceptée d'avance, et c'est là ce qui s'est produit. Il serait d'ailleurs singulier que le mandant fût à la merci du mandataire.

B. *Effets de la ratification.*

789. Expresse ou tacite, la ratification rétroagit, dans les rapports entre le mandant et le mandataire, au jour où l'acte a été accompli; elle équivaut à un mandat rétroactif [4]. D'abord on doit supposer que l'intention du mandataire a été d'assimiler l'acte passé avec les actes qu'il a régulièrement accomplis en vertu du mandat. Ensuite l'expression de *ratification* employée par l'article 1998 conduit à adopter les règles indiquées par l'article 1338 pour la ratification dont parle ce dernier texte. Enfin c'est une maxime traditionnelle que *ratihabitio mandato æquiparatur*.

Il suit de là que le mandataire a, pour les actes ratifiés, droit aux intérêts de ses avances dès le jour où il les a faites [5].

790. A l'égard des tiers, la ratification ne rétroagit pas : ce qu'on exprime sous une autre forme, en disant que la ratification ne peut avoir lieu au préjudice des droits acquis à

(1) Pau, 16 mars 1892, précité.

(2) Cass., 21 déc. 1859, S., 60. 1. 449. — Aubry et Rau, IV, p. 651, § 415, note 9; Guillouard, n. 200.

(3) V. cep. Guillouard, n. 200.

(4) Pau, 16 mars 1892, précité (constitution d'hypothèque). — Trib. civ. Lyon, 23 avril 1893, *Gaz. Trib.*, 1er juil. 1893. — Troplong, n. 617 et 618; Pont, I, n. 1075; Guillouard, n. 198. — *Contra* Laurent, XXVIII, n. 74.

(5) Guillouard, n. 198.

des tiers [1]. C'est la solution généralement admise pour la ratification dont parle l'article 1338. Et il y a ici une raison de plus pour ne pas admettre la rétroactivité ; les actes faits par un mandataire sans pouvoir sont faits par une personne dépourvue des droits ; la ratification ne peut donc avoir effet vis-à-vis de tiers qui n'ont pas eu à s'inquiéter des actes passés par le mandataire.

791. La ratification, alors même qu'elle résulte d'un acte auquel n'intervient pas le mandataire, contient approbation vis-à-vis non pas seulement des tiers, mais du mandataire ; le mandant ne peut plus se plaindre des fautes commises par ce dernier dans l'exécution de l'acte ratifié [2].

Il en est autrement toutefois si le mandant a réservé ses droits contre le mandataire [3], ou si les circonstances font apparaître chez lui cette intention [4].

792. Nous trouverons en parlant de la compétence une conséquence exagérée qu'on a rattachée à la rétroactivité de la ratification [5].

C. *Actes susceptibles de ratification et personnes qui peuvent ratifier.*

793. La ratification est destinée surtout à rendre valables les actes faits par le mandataire au delà de ses pouvoirs.

Mais les actes du mandataire qui agit en vertu d'un mandat nul peuvent également être ratifiés [6].

793 *bis.* La ratification doit émaner du mandant ou de ses héritiers.

Cependant, lorsque la nullité de l'acte accompli par le mandataire tient à ce qu'il a fait seul un acte qu'il devait

[1] Riom, 31 juil. 1851, S., 51. 2. 698, D., 52. 2. 222. — Pau, 16 mars 1892, précité (motifs). — Troplong, n. 620 ; Pont, I, n. 1075 ; Aubry et Rau, IV, p. 651, § 415, note 10 ; Guillouard, n. 199. — V. cep. Cass., 2 août 1859, S., 59. 1. 801, D., 59. 1. 419.

[2] Cass., 9 mai 1853, S., 54. 1. 30. — Aubry et Rau, IV, p. 651, § 415, note 8 ; Guillouard, n. 200.

[3] Guillouard, n. 200.

[4] Cass., 28 mars 1855, S., 56. 1. 590. — Guillouard, n. 200.

[5] V. *infra*, n. 872 s.

[6] Cass., 14 mars 1860, S., 60. 1. 863, D., 60. 1. 258. — Agen, 26 janv. 1849, S., 50. 2. 29, D., 49. 2. 53. — Guillouard, n. 201. — Sur la forme, v. *supra*, n. 786.

faire avec le concours d'un autre mandataire, le consentement de ce dernier valide l'acte ([1]), mais sans rétroactivité ([2]).

§ III. *Obligations du mandant vis-à-vis des tiers en droit international.*

794. La question de savoir dans quelles limites les actes du mandataire peuvent engager le mandant est réglée par la loi du lieu où le mandat a été donné ou, si les parties appartiennent à la même nationalité, par leur loi nationale, puisqu'il s'agit ici des effets du mandat ([3]).

Ainsi la question des limites dans lesquelles un commis-voyageur peut engager, vis-à-vis des tiers, la maison de commerce dont il est l'employé doit être réglée par la loi du lieu où le commis-voyageur a été constitué ([4]).

Nous avons fait plus haut l'application du même principe au mandat dont l'objet est illicite ([5]).

795. Mais, cette question une fois tranchée, les obligations du mandant envers le tiers avec lequel le mandataire a passé acte sont déterminées par la loi qui régit, d'après le droit commun, les effets du contrat, c'est-à-dire par la loi nationale du mandant et du tiers s'ils appartiennent à la même nationalité et, dans le cas contraire, par la loi du lieu où cet acte a été passé.

Une autre opinion applique la loi du domicile du mandataire en se basant sur ce que ce domicile est le lieu où a été fait le mandat, et que la loi de ce lieu détermine les relations entre le mandant et le mandataire ; or, dit-on, comme le mandataire doit être complètement indemnisé vis-à-vis de cette loi, il faut nécessairement que le mandant

([1]) Cass. req., 14 avril 1886, S., 89. 1. 426.

([2]) Cass. req., 14 avril 1886, précité.

([3]) Ortlieb, *Journ. dr. int.*, V. 1878, p. 628. — Jurispr. allemande, Trib. sup. comm. Empire, 5 mars 1877, *Entsch.*, XXII, n. 21, p. 86. — Jurispr. anglaise et américaine, Story, *Conflict of laws*, § 286, *b*.

([4]) Trib. sup. Empire Allemagne, 4 déc. 1871, *Journ. droit intern.*, I, 1874, p. 81.

([5]) V. *supra*, n. 460.

prenne à sa charge les obligations valables aux termes de cette loi et ces obligations seulement (1).

796. La rétroactivité de la ratification a cette conséquence que la convention se forme au lieu où le mandataire a traité (2) ; et, par suite, si ce lieu est situé dans un pays autre que celui où la ratification est donnée, c'est la loi du premier de ces pays et non celle du second qui détermine les effets du contrat (3) ; on objecte à tort que le mandataire a, dans ce cas seulement, préparé le contrat, et que le mandant l'a conclu.

Mais, dans le cas où l'intermédiaire a seulement été chargé de chercher et de transmettre les propositions du tiers, alors que celui qui l'a choisi s'est réservé de conclure le contrat lui-même (cas fréquent dans les relations commerciales et notamment dans les assurances), c'est au lieu où est donné le consentement de ce dernier que se forme le contrat (4).

(1) Casaregis, *Disc. légales de comm.*, disc. 179, n. 10 ; Fœlix, *Dr. intern. priv.*, I, n. 105 ; Massé, *Dr. comm.*, I, n. 581 ; Fiore, *Dr. intern. pr.*, 2e éd., n. 248 ; Esperson, *Il principio di nazionalita*, p. 139 ; Despagnet, *Dr. int. privé*, n. 477 ; Weiss, *Dr. intern. privé*, p. 635 ; Laurent *Dr. civ. intern.*, VII, n. 454 ; Diena, *Journ. dr. int.*, XXIII, 1896, p. 284 ; Von Bar, *Theorie und Praxis des intern. Privatrechts*, 2e édit., II, p. 108, n. 284 ; Wahl, *Note*, S., 98. 4. 9.

(2) Trib. civ. Honfleur, 29 juin 1887, *Pand. franç.*, 90. 2. 197 (en ce qui concerne la détermination du lieu de l'exécution).

(3) C. de la Louisiane, 1851, *Journ. dr. intern.*, II, 1875. p. 317. — Fœlix, *Dr. int. privé*, I, n. 105 ; Fiore, *Dr. int. privé*, n. 249 ; Surville et Arthuys, *Cours élém. de dr. int privé*, p. 234 ; Audinet, *Princ. élém. du dr. int. privé*, n. 385. —*Contra* Laurent, *Le Dr. civ. intern.*, VII, n. 457 ; Hert, *De collisione legum* (dans *Opuscula*, 1688, I, § 4, n. 55) ; Wharton, *Treat. on the conflict of laws*, Philad., 1881, § 406, note 6 et les décisions qu'il cite ; Von Bar, *Th. und Praxis des intern. Privatr.*, 2e éd., 1889, II, p. 67, n. 267 ; Jettel, *Handbuch des internationalen Privatrechtes*, Vienne et Leipzig, 1893, p. 109, § 32. — Ces dernières autorités paraissent confondre ce cas avec le suivant. — La jurisprudence et la doctrine anglo-américaines sont en notre sens. Story, *Comment. on int. law*, 5e éd., Boston, 1857, § 286 s. et les nombreuses décisions qu'il cite, Wharton, *Treat. on conflict of laws*, *loc. cit.* ; Foote. *Treat. on priv. intern. jurisp.*, Lond., 1878, p. 366.

(4) Laurent, *op. cit.* VII, n. 456 ; Flore, *op. cit.*, n. 248 ; Surville et Arthuys, *loc. cit.* ; Andinet, *loc. cit.* ; von Bar, *loc. cit.* ; Wharton, *loc. cit.*

SECTION II

DROITS DU MANDANT VIS-A-VIS DES TIERS

797. Les droits du mandant vis-à-vis des tiers dérivent des mêmes principes que ses obligations.

Si, en effet, le mandataire n'a pas outrepassé ses pouvoirs, les actions nées du contrat passé entre le mandataire et le tiers naissent directement en la personne du mandant, puisque c'est en son nom que les stipulations ont été faites.

Toutefois le tiers ne peut être responsable envers le mandant de ce que le mandataire, après avoir régulièrement contracté avec le tiers, commet ensuite une fraude au préjudice du mandant [1].

798. Dans le cas où le mandataire a contracté en son nom personnel, sans nommer le mandant, les droits de ce dernier se règlent comme en matière de prête-nom.

799. Si le mandataire a excédé ses pouvoirs, le tiers peut, tant que le mandant n'a pas ratifié, refuser d'exécuter son engagement. Cela est certain.

Il peut même révoquer l'acte pour éviter qu'une ratification ne survienne ultérieurement et il échappera ainsi définitivement aux suites de la convention qu'il a faite [2]. En effet l'article 1998, alinéa 2, nous a montré que la ratification seule fait naître le concours de volontés nécessaire à toute convention ; donc, avant la ratification, le tiers a fait une simple offre, et il est de principe que toute offre non acceptée peut être rétractée. On a invoqué l'article 1125 pour soutenir que le mandant seul peut se prévaloir de la nullité ; mais l'article 1125 a trait à une hypothèse toute différente, celle d'un acte passé par un incapable et frappé de nullité relative ; or le défaut de consentement du contrat empêche l'acte de prendre naissance.

[1] Trib. civ. Lyon, 28 oct. 1887, *Mon. jud. Lyon*, 23 déc. 1887 (emploi par le mandataire pour son usage personnel des sommes empruntées).

[2] Laurent, XXVII, n. 434 ; Guillouard, n. 1195. — *Contra* Paris, 28 juin 1851, D., 53. 2. 78. — Trib. com. Marseille, 6 fév. 1890. *Journ. de Marseille*, 90. 1. 126 (actes d'un commis-voyageur).

SECTION III

DROITS ET OBLIGATIONS DU MANDATAIRE VIS-A-VIS DES TIERS

800. Puisque le mandataire représente le mandant, il n'est aucunement tenu vis-à-vis des tiers des engagements qu'il contracte (1), pas plus qu'il ne peut les actionner en son propre nom (2). C'est ce que disait Pothier (3). Il n'est pas responsable davantage de la nullité des actes qu'il a passés s'il n'a commis aucune faute personnelle (4).

Cependant les relations s'établissent directement entre le mandataire et les tiers si le mandataire est un prête-nom (5).

Il en est de même si le mandataire agit en son nom personnel, quoique n'ayant pas reçu mission de le faire. Il est débiteur (6) et créancier (7).

801. Si le mandataire agit à la fois pour son compte et pour le compte du mandant, ils sont tous deux créanciers et débiteurs (8).

Si le prétendu mandat en vertu duquel le mandataire a contracté n'existe pas, le mandataire, n'ayant pu engager le mandant, est responsable envers les tiers de bonne foi du dommage que leur cause l'inexécution du contrat, en vertu de l'article 1382 du Code civil (9).

(1) Trib. civ. Lesparre, 30 déc. 1891, *Rec. Bordeaux*, 92. 3. 61 (paiement de fournitures). — Trib. com. Lyon, 17 fév. 1900, *Gaz. com., Lyon*, 24 mai 1900.

(2) Cass., 19 juill. 1852, S.,53. 1. 33, D., 52. 1. 299. — Bordeaux, 2 juill. 1868, S., 69. 2. 22. — Rennes, 27 juill. 1892, sous Cass., 23 oct. 1894, D., 95. 1. 226. — Trib. com. Havre, 28 avril 1888, *Rec. Havre*, 88. 155. — Troplong, n. 516 ; Laurent, XXVIII, n. 43 ; Guillouard, n. 192 et 206.

(3) N. 87.

(4) Ainsi décidé pour l'annulation, en raison de la faillite du mandant et en vertu de l'art. 446 C. com., du payement fait par le mandataire. Paris, 9 mai 1899, *Gaz. Trib.*, 13 juillet 1899.

(5) V. *infra*, n. 900 s.

(6) Cass., 26 avril 1876, S., 77. 1. 152, D., 78. 1. 492. — Trib. civ. Toulouse, 25 fév. 1889, *Gaz. Trib. Midi*, 3 mars 1889. — Pont, I, n. 1079 ; Laurent, XXVIII, n. 76 ; Guillouard, n. 192 *bis* et 207.

(7) Guillouard, n. 192 *bis*.

(8) Pont, I, n. 1062 ; Guillouard, n. 193.

(9) Grenoble, 1er mars 1845, S., 48. 2. 33, D., 48. 2. 32. — Limoges, 25 mars 1846, S., 48. 2. 33, D., 48. 2. 32. — Pont, I, n. 1058 ; Laurent, XXVIII, n. 48 ; Guillouard, n. 192 et 210.

802. Le mandataire est également responsable de ses délits et quasi-délits personnels en vertu de l'article 1382, alors même qu'ils auraient été commis sur l'ordre du mandant [1]. On ne peut objecter que le mandant en est, de son côté, responsable, car la responsabilité de ce dernier dérive de l'article 1384, et, loin d'exclure celle du mandataire, l'implique.

Si, par exemple, un banquier qui participe à l'émission de titres, contribue à la rédaction d'un prospectus mensonger, il est responsable du préjudice que les fausses allégations du prospectus ont causé aux tiers [2].

De même le mandataire peut être condamné à des dommages-intérêts envers les tiers à raison du dol du mandant s'il a participé à ces manœuvres [3].

Lorsque le délit a été commis à la fois par le mandant et le mandataire, ils en sont responsables solidairement. C'est encore ce qui a été décidé pour le cas où un banquier et une société rédigent de concert un prospectus mensonger lors de l'émission des titres de la société [4].

Si l'objet du mandat tombe sous les lois criminelles, le mandataire peut également être poursuivi aussi bien que le mandant [5].

Le mandataire est également responsable de l'exactitude de ses affirmations personnelles [6].

(1) Cass. req., 9 janv. 1833, S.,33. 1. 321, D. *Rép.*, v° *Act. possess.*, n. 384. — Cass. civ., 5 nov. 1877, D., 80. 1. 79. — Cass. civ., 25 juin 1889, S., 91. 1. 123, D., 90. 1. 151 (le mandataire qui trouble la possession d'un tiers est passible de la réintégrande). — Cass. civ., 19 février 1890 (4 arrêts), S., 90. 1. 319, D., 90. 1. 241 (motifs). — Cass., 18 mars 1891 (1er arrêt), S., 94. 1. 70, D., 91. 1. 401. — Laurent, XX, n. 449; Sourdat, *Tr. de la respons.*, II, n. 908; Guillouard, n. 210; Michoud, *Note*, S., 92. 2. 299, n. 3; Wahl, *Note*, S., 1901. 1. 321. — *Contra* Pau, 28 déc. 1891, S., 92. 2. 297.

(2) Cass. civ., 18 mars 1891, S., 94. 1. 70, D., 91. 1. 401.

(3) Cass. req., 3 mai 1892, D., 94. 1. 202 (commis ou fondé de pouvoirs). — Denis, *Rapport* sous Cass., 3 mai 1892, précité, D., 94. 1. 202.

(4) Cass., civ., 18 mars 1891, S., 94. 1. 70, D., 91. 1. 401.

(5) Trib. civ. Seine, 22 mars 1890, *Jour. dr. int.*, XVII, 1890, p. 471 (contrefaçon). — Copenhague, 1er mars 1889, *Journ. dr. int.*, XVIII, 1891, p. 1016 (contravention à une ordonnance interdisant de représenter plus d'une seule maison de commerce).

(6) Paris, 6 fév. 1899, *Gaz. Trib.*, 1er avril 1899.

803. Mais le mandataire n'est pas responsable envers les tiers des suites de l'exécution du contrat, puisque tous ses actes sont censés avoir été accomplis par le mandant ([1]).

Ainsi le mandataire chargé de céder une créance n'est pas, vis-à-vis du cessionnaire, responsable de la solvabilité du débiteur ([2]).

804. Le mandataire qui, en raison de ce qu'il excède ses pouvoirs, n'oblige pas le mandant envers les tiers avec lesquels il traite, s'oblige-t-il du moins personnellement? La loi distingue : « *Le mandataire qui a donné à la partie avec* « *laquelle il contracte en cette qualité, une suffisante con-* « *naissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie* « *pour ce qui a été fait au delà, s'il ne s'y est personnelle-* « *ment soumis* » (art. 1997).

Ainsi le mandataire, qui a excédé les limites de son mandat, est obligé dans deux cas : 1° s'il s'est personnellement soumis à la garantie, par exemple s'il s'est porté fort pour le mandant, qui refuse de ratifier; 2° s'il n'a pas donné au tiers avec lequel il a traité une connaissance suffisante de ses pouvoirs, de telle sorte que celui-ci ait pu croire que les limites du mandat n'étaient pas dépassées. Le mandataire a ainsi, par sa faute ou son fait, induit le tiers en une erreur préjudiciable, dont il est juste de lui faire supporter personnellement les conséquences, et on doit les lui faire supporter même s'il est de bonne foi ([3]). Il n'y a plus rien au contraire à reprocher au mandataire, quand il a suffisamment renseigné celui avec qui il a traité sur la nature de ses pouvoirs. Le tiers a bien dû voir, en pareil cas, qu'il courait un risque, en contractant avec un mandataire dont les pouvoirs n'étaient pas suffisants ; et, s'il n'a pas exigé son engagement personnel, il n'a pu traiter que dans l'espoir d'une ratification, qu'il ne dépend pas du mandataire de lui faire obtenir et du défaut de laquelle celui-ci ne saurait par suite être rendu responsable.

([1]) Pau, 28 déc. 1891, S., 92. 2. 297. — Paris, 9 mai 1899, S., 1901. 2. 5. — Michoud, *Note*, S., 92. 2. 299, n. 3. — Ainsi le tiré qui a payé un chèque faux n'a de recours que contre le porteur et non contre le mandataire de ce dernier, qui a touché le titre. Cass., req., 22 fév. 1886, S., 87. 1. 59.

([2]) Trib. civ. Seine, 31 oct. 1893, *Droit*, 22 déc. 1893.

([3]) Caen, 22 juin 1891, *Rec. Rouen*, 91.2.129.

805. C'est aux tiers qu'il appartient de prouver que le mandataire ne leur a pas donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs (1). Car d'àbord il y a faute du mandataire à ne pas donner connaissance de ses pouvoirs et la faute ne se présume pas. Ensuite le tiers qui agit en responsabilité contre le mandataire est demandeur et tout demandeur doit faire la preuve de son droit.

Il faut dans tous les cas écarter l'opinion qui permet au juge de décider en fait quelle est la partie qui doit prouver ses prétentions (2).

806. Pour que le mandataire échappe à toute responsabilité, il n'est pas nécessaire qu'il ait indiqué le nom du mandant ; il suffit qu'il ait indiqué sa qualité d'intermédiaire, de courtier par exemple (3).

Mais ce n'est pas évidemment pour le mandataire donner aux tiers connaissance suffisante de ses pouvoirs que de leur indiquer la date de l'acte qui le constitue ; il doit ou produire cet acte ou en indiquer les clauses (4).

CHAPITRE XI

FIN DU MANDAT

SECTION PREMIÈRE

ÉVÉNEMENTS QUI METTENT FIN AU MANDAT

807. Aux termes de l'article 2003 : « *Le mandat finit,— « Par la révocation du mandataire, — Par la renonciation « de celui-ci au mandat,—Par la mort naturelle (ou civile), « l'interdiction ou la déconfiture, soit du mandant, soit du « mandataire.* »

(1) Trib. civ. Toulouse, 10 déc. 1902, *Gaz. Trib. Midi*, 1er mars 1903. —Laurent, XXVIII, n. 47 ; Guillouard, n. 209. — V. cep. Douai, 12 nov. 1840, S., 40.2.497, D. *Rép.*, v° *Mand.*, n. 305-1°. — Pont, I, n. 1057,

(2) Aubry et Rau, IV, p. 651, § 415, note 11.

(3) Trib. sup. hanséatique, 18 mars 1885, *Hanseat. Gerichtsz.*, 1885, p. 109, *Anal. Journ. dr. int.*, XIV, 1887, p. 85.

(4) Douai, 25 janv. 1897, D., 97.2.319.

On peut ajouter à ces causes la cessation ou la cession de l'entreprise en vertu de laquelle le mandat a été confié au mandataire, l'impossibilité d'exécution, l'expiration du terme ou l'arrivée de la condition, la consommation de l'affaire.

Il faut, en outre, étendre à d'autres changements d'état ce que la loi dit de l'interdiction.

Nous parlerons également de l'absence.

§ I. *Révocation du mandat par le mandant.*

808. « *Le mandant peut révoquer sa procuration quand* « *bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire* « *à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient,* « *soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en* « *brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute* » (article 2004).

La révocabilité du mandat est une règle traditionnelle (1). Cependant certains auteurs anciens ne l'admettaient plus dès que les choses cessaient d'être entières (2).

On l'a justifiée par l'idée que le mandat est fondé sur la confiance du mandant envers le mandataire (3). On a ajouté que, la cause pour laquelle le mandant ne s'est pas chargé lui-même de ses affaires venant à disparaître, il est juste que le mandant puisse mettre fin au mandat (4). La meilleure raison à donner est que, le mandat étant conféré dans l'intérêt du mandant, le mandataire devait s'attendre à ce que le mandat fût révoqué le jour où le mandant n'aurait pas intérêt à sa continuation.

I. *Des mandats qui peuvent être révoqués et de l'indemnité due en cas de révocation.*

809. L'article 2004 s'exprime en termes généraux ; aussi faut-il admettre que tout mandat peut, en principe, être révoqué.

(1) L. 12, § 16, D., *Mand.* — Pothier, n. 113 ; Durand de Maillane, *Inst. du dr. canon.*, VI, 1770, liv. III, tit. 2, p. 355.
(2) Argou, II, p. 352, liv. III, ch. XXXVII.
(3) Exposé des motifs de Berlier, Fenet, XIV, p. 588 ; Guillouard, n. 215.
(4) Guillouard, n. 215.

L'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 fait une application de la révocabilité en disant que les administrateurs d'une société anonyme sont révocables.

Il en est de même du directeur qui peut, aux termes de cet article, être pris parmi les administrateurs (1).

Une indemnité peut cependant être due au gérant révoqué par les associés si le contrat passé entre lui et les futurs associés ne lui faisait pas connaître le caractère de la future société (2).

Mais la révocabilité ne s'applique pas au directeur technique que la société choisit souvent pour gérer les affaires sociales (3) ; c'est, en effet, comme nous l'avons montré, un véritable locateur d'ouvrage.

Il en est ainsi même, selon nous, si le directeur technique gère toutes les affaires sociales (4); — ou s'il est choisi parmi les administrateurs (5). Dans ce dernier cas, il est révocable comme administrateur, mais ne l'est pas comme directeur.

Il importe peu également que le directeur technique, au lieu d'être choisi par les administrateurs, le soit par l'assemblée générale des actionnaires (6).

(1) Cass. civ., 30 avril 1878, S., 78. 1. 313, D., 78. 1. 314. — Cass. civ., 10 janv., 1881, S., 81. 1. 251. D., 81. 1. 161. — Cass. req., 21 juill. 1887, S., 88. 1. 307, D., 87. 1. 469. — Cass. req., 12 déc. 1892, S., 93. 1. 72, D., 93. 1. 164. — Nancy, 21 juill. 1891, S., 92. 2. 149 et sous Cass., D., 93. 1. 164. — Agen, 7 janv. 1879, S., 79. 2. 142, D., 79. 2. 247. — Paris, 25 juill. 1893, S., 94. 2. 45, D., 94. 2. 6. — Paris, 19 juill. 1892, S., 93. 2. 59.

(2) Cass. req., 9 mai 1894, S., 95. 1. 36.

(3) Cass., 16 nov. 1886, S., 88. 1. 421. — Cass. req., 2 juill. 1888, S., 88. 1. 421, D., 89. 1. 184. — Cass. civ., 30 avril 1878, précité. — Cass. civ., 10 janv. 1881, précité. — Cass. req., 21 juill. 1887, précité. — Cass. req., 12 déc. 1892, précité. — Paris, 4 nov. 1886, S., 86. 2. 235. — Nancy, 21 juill. 1891, précité. — Douai, 31 mars 1898, S., 98. 2. 232. — Paris, 8 août 1901, *Droit*, 6 déc. 1901. — Lyon, 27 mai 1903, *Mon. jud. Lyon*, 16 sept. 1903. — Boistel, *Cours de dr. comm.*, 3e éd., n. 309 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n. 835 et 877 *bis* ; Vavasseur, *Tr. des soc.*, 5e éd, II, n, 797 et 797 *bis* et *Rev. des soc.*, 1889, p. 164 ; de Courcy, *Des soc. anon.*, p. 56 s. — V. notre *Tr. de louage*, 3e éd., II, n. 3040.

(4) Paris, 4 nov. 1886, précité.

(5) Cass. req., 13 déc. 1892, précité. — Nancy, 21 juill. 1891, précité. — Paris, 19 juill. 1892, précité.

(6) Vavasseur, II, n. 797.

La révocation des administrateurs d'une société civile a été étudiée dans notre *Traité de la Société* (1).

810. Par exception le mandat donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire ne peut être révoqué par le mandant seul (2), car l'acte devient synallagmatique. Il en est ainsi, par exemple, du mandat confié à un copropriétaire d'administrer les biens indivis (3), ou à un créancier par le débiteur de vendre des titres et d'en affecter le prix au paiement de la créance (4), ou à un assureur de suivre au nom de l'assuré les procès contre les tiers (5). La clause contraire est d'ailleurs permise (6).

C'est au juge du fait qu'il appartient de rechercher si un mandat est donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire (7).

A plus forte raison le mandat conféré dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers, ne peut être révoqué par le mandant (8).

De même encore le mandat donné dans l'intérêt du mandant et d'un tiers ne peut être révoqué qu'avec le consentement du tiers (9), car en pareil cas il n'est plus vrai de dire

(1) N. 294 s.

(2) Cass., 6 janv. 1873, S., 73. 1. 24, D., 73. 1. 116. — Cass. civ., 13 mai 1885, S., 87. 1. 220, D., 85. 1. 350. — Cass. civ., 11 fév. 1891, S., 91. 1. 121, D., 91. 1. 197. — Bordeaux, 27 avril 1885, *Rec. Bordeaux*, 85. 1. 328. — Amiens, 11 juin 1890, *Rec. Amiens*, 90. 175. — Dijon, 18 fév. 1891, *Loi*, 6 mai 1891. — Bordeaux, 31 janv. 1898, sous Cass. req., 26 déc. 1899, S., 1901. 1. 43. — Limoges, 23 avril 1901, D. 1902. 2. 474. — Trib. civ. Langres, 6 juin 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 2. 185. — Laurent, XXVIII, n. 86 et 104; Guillouard, n. 216 ; Aubry et Rau, IV, p. 652, § 416 ; Planiol, II, n. 2257. — *Contra* Lyon, 29 avril 1890, *Mon. jud. Lyon*, 18 oct. 1890.

(3) Cass. civ., 13 mai 1885, précité.

(4) Amiens, 11 juin 1890, précité. — On a aussi considéré comme tel le mandat, par un propriétaire à un créancier inscrit de vendre l'immeuble hypothéqué. Trib. civ. Melle, 9 avril 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. *Suppl.* 3.

(5) Bordeaux, 31 janv. 1898, précité.

(6) Cass. civ., 13 mai 1885, précité. — Cass. civ., 11 fév. 1891, précité.

(7) Cass. civ., 11 fév. 1891, précité.

(8) Rouen, 2 mai 1888, *Rec. Rouen*, 88. 1. 84. — Lyon, 29 avril 1890, *Mon. jud. Lyon*, 18 oct. 1890 (motifs).

(9) Cass., 6 janv. 1873, S., 73. 1. 24, D., 73. 1. 116. — Cass., 13 mai 1885, S., 87. 1. 220, D., 85. 1. 350. — Pau, 26 nov. 1873, S., 74. 2. 71, D., 74. 5. 327. — Paris, 21 nov. 1894, *Gaz. Trib.*, 20 fév. 1895 (mandat à un courtier d'assurer le mandant avec engagement par le courtier de faire profiter le mandant d'une partie de la commission qu'il obtiendra de l'assureur). — Bordeaux

que le mandant renonce, par la révocation, à un contrat fait dans son seul intérêt.

Ainsi le mandat donné, en cas de prêt, à un notaire d'employer les fonds prêtés à désintéresser les créanciers de l'emprunteur, auxquels le prêteur peut être subrogé, ne peut être révoqué par l'emprunteur, dont le notaire est mandataire, qu'avec le consentement du prêteur (1) ; le notaire n'est pas mandataire de ce dernier, puisque les fonds ont cessé de lui appartenir ; mais le mandat a été donné autant dans l'intérêt du prêteur que dans celui de l'emprunteur.

Enfin on ne peut révoquer un mandat qui est la condition d'un contrat synallagmatique (2).

811. Cependant, même fait en tout ou en partie dans l'intérêt du mandataire ou d'un tiers, le mandat peut être révoqué pour une cause jugée légitime par les tribunaux (3).

D'autre part, il peut être révoqué avec l'assentiment du mandataire ou du tiers suivant que l'un ou l'autre est intéressé au mandat (4).

812. Le mandat salarié peut être révoqué arbitrairement; le mandataire n'a pas alors droit à son salaire, alorsmême que la révocation a lieu sans motifs légitimes. La stipulation d'un salaire ne peut pas en effet faire considérer le mandat comme donné, même pour partie, dans l'intérêt du mandataire (5).

27 avril 1885, D , 86. 2. 263. — Troplong, n. 718 ; Pont, I, n. 1159 ; Aubry et Rau, IV, p. 652, § 416 ; Laurent, XXVIII, n. 104 ; Guillouard, n. 216.

(1) Amiens, 28 janv. 1892, D.. 93, 2. 158. — Décidé qu'on ne peut considérer comme un mandat donné dans l'intérêt du mandataire le mandat de gérer une société, alors même que le gérant a, pour se faire confier ce mandat, mis des capitaux importants dans la société ; par suite si, la société ne s'étant pas formée, les fondateurs révoquent le mandat, le mandataire ne peut leur demander une indemnité. Cass. req., 20 fév. 1889, S., 90. 1. 69. — Il nous semble qu'en pareil cas ce n'est pas de révocation qu'il s agit ; le mandat a été subordonné à une condition qui ne s'est pas réalisée.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 653, § 416 ; Guillouard, n. 227.

(3) Cass. civ., 13 mai 1885, précité. — Cass., 11 fév. 1891, S., 91. 1. 121, D., 91. 1. 197. — Guillouard, n. 216.

(4) Guillouard, n. 216. — V. *supra*, n. 810.

(5) Cass., 6 mars 1827, S. chr. — Cass., 31 janv. 1843. S., 43. 1. 125. — Cass. req., 9 juill. 1885, S., 87. 1. 478, D., 86. 1. 310 (agent d'assurances). — Cass. civ., 19 nov. 1889, S., 91. 1. 508 (impl.). — Cass. civ., 10 nov. 1891, S., 91. 1.

Il n'y a donc pas lieu d'appliquer au mandataire salarié l'article 1780 du Code civil, modifié par la loi du 27 décembre 1890, qui, en cas de résiliation unilatérale du louage de services, ouvre quelquefois une action en dommages-intérêts (1).

Certains auteurs ont soutenu le contraire (2), en se fondant sur le système qu'ils admettent et d'après lequel l'article 1780 est conforme au principe qui prohibe l'usage abusif d'un droit (3). Mais, en admettant même cette dernière solution, nous ne croyons pas que l'article 1780 puisse être étendu au mandat ; car c'est d'une manière absolue que la loi permet la révocation du mandat salarié.

Les tribunaux paraissent cependant adopter souvent cette dernière opinion, car ils admettent que le mandataire salarié a droit à une indemnité s'il est révoqué sans motifs (4).

A la révocabilité du mandat salarié est attaché, on le voit, un des grands intérêts de la distinction entre le mandat salarié

529, D., 92. 1. 406 (impl.). — Cass. civ., 18 juill. 1892, S., 92. 1. 337, D., 92. 1. 585. — Bruxelles, 24 fév. 1810, S. chr. — Grenoble, 13 mai 1872, S., 72. 2. 226 (agent d'assurances). — Agen, 19 déc. 1878, S., 79. 2. 240 (*id.*). — Paris, 26 juill. 1888, sous Cass. civ., 11 fév. 1891, S., 91. 1. 121. — Grenoble, 5 juin 1891, S., 92. 2. 135. — Paris, 26 avril 1894, *Gaz. Pal.*, *Table*, 1er sem. 1894, v° *Mandat*, n. 1. — Alger, 8 juin 1894, *Journ. trib. algér.*, 10 oct. 1894. — Paris, 27 déc. 1894, D., 95. 2. 493. — Angers, 28 mars 1900, *Loi*, 15 mai 1900. — Trib. com. Marseille, 19 fév. 1891, *Rec. Marseille*, 91. 1. 112. — Trib. civ. Lyon, 13 déc. 1893, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 102. — Trib. com. Seine, 4 déc. 1894, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 464 (courtier d'assurances révoqué par l'assuré). — Duranton, XVIII, n. 172 ; Pont, I, n. 1107 ; Aubry et Rau, IV, p. 649, § 414, note 7 et p. 652, § 416, note 1 ; Laurent, XXVIII, n. 97 ; Guillouard, n. 167, 215, 216 et 225 ; Louis Lucas, *Ann. dr. com.*, IV, 1890, *Jurispr.*, p. 29.

(1) Cass. civ., 10 nov. 1891, S., 91. 1. 529, D., 92. 1. 406. — Cass. civ., 18 juil. 1892, S., 92, 1. 337, D., 92. 1. 585. — Massigli, *Rev. crit.*, XXI, 1892, p. 654 ; Bouvier, *Pand. franç.*, 94. 3. 2 ; Planiol, *Note*, D., 92. 1. 585 ; Wahl, *Note*, S. 1900. 2. 297. — Une solution analogue avait été donnée sous l'empire de l'ancien art 1780. Trib. com. Marseille, 19 fév. 1891, *Rec. Marseille*, 91. 1. 112.

(2) Mongin, *Le droit de congé dans le louage de services. Rev. crit.*, XXII, 1893, p. 361 ; Planiol, *Note*, D., 92. 1. 585 ; Pic, *Ann. dr. comm.*, VII, 1893, *Doct.*, p. 438.

(3) V. notre *Tr. du louage*, 3e éd., II, n. 2914 s.

(4) Grenoble, 5 juin 1891, S., 92. 2. 135. — Trib. com. Saint-Etienne, 26 mai 1903, *Loi*, 5 sept. 1903. — Trib. comm. Anvers, 27 juin 1873, *Jurispr. d'Anvers*, 74. 1. 78, *Journ. dr. int.*, II, 1875, p. 299 (commissionnaire, moitié des honoraires fixés). — *Contra* Paris, 30 avril 1892, *Journ. des assur.*, n. 316. — Trib. civ. Lyon, 28 avril 1891, *Mon. jud. Lyon*, 10 août 1891.

et le louage d'ouvrage, qui ne peut être révoqué que s'il est d'une durée indéterminée et seulement pour cause légitime (1).

Ainsi un agent d'assurances peut être révoqué librement si on le considère comme un mandataire (2), mais non pas si on le considère comme un locateur d'ouvrage (3).

813. En tout cas le mandataire même salarié n'a droit à aucune indemnité si la révocation est causée par sa faute (4).

814. Mais le mandataire salarié révoqué peut demander des dommages et intérêts, si la révocation a eu lieu intempestivement ou d'une manière abusive et qu'elle a ainsi causé un préjudice injuste au mandataire salarié (5).

(1) Il a été décidé cependant en thèse générale qu'un mandataire salarié ne peut être révoqué sans l'observation d'un délai, et cela même si le mandat avait une durée indéterminée. Lyon, 6 avril 1895, *Mon. jud. Lyon*, 13 août 1895.

(2) Arrêts précités.

(3) Toulouse, 16 nov. 1887, S., 88.2.28. — Certains arrêts accordent l'indemnité sans qualifier le contrat. Dijon, 8 mars 1880, S., 81.2.15. — V. notre *Tr. du louage*, 3e éd., n 3041.

(4) Cass. civ., 19 nov. 1889, S., 91.1.508, D., 90.1.295. — Cass. req., 13 fév. 1875, D., 95.1.167 (directeur de société révoqué à raison des manœuvres pratiquées pour faire croire à la situation prospère de la société), — Bordeaux, 4 fév. 1840. D. *Rép.*, v° *Mandat*, n. 445. — Grenoble, 5 juin 1891, S., 92.2. 185 (agent d'assurances révoqué parce qu'il ne restitue pas à la compagnie les fonds qu'il a encaissés pour elle). — Trib. civ. Seine, 10 déc. 1892, *Loi*, 21 avril 1893 (agent d'assurances révoqué pour désobéissance).

(5) Cass. req., 8 avril 1857, S., 57.1.835, D., 58.1.134. — Cass., 10 juill. 1865, S., 65. 1. 350. — Cass. req., 9 juill. 1885, S., 87. 1. 478, D., 86.1. 310 (motifs). — Cass. civ., 19 nov. 1889, S., 91. 1. 508, D., 90. 1. 295. — Cass. civ., 18 juil. 1892, S., 92. 1, 337, D., 92. 1. 585. — Nancy, 23 juin 1860, S., 61. 2. 165, D., 61. 2 53. — Dijon, 8 mars 1880, S., 81. 2. 15. — Paris, 8 mars 1886, S., 87.2. 166. — Toulouse, 16 nov. 1887, *Gaz. Trib.*, 12 déc. 1887. — Nancy, 29 juin 1889, S., 90. 2. 226. — Douai, 20 avril 1891, D., 92. 2. 51. — Paris, 25 nov. 1891, *Pand. franç.*, 92. 2. 316. — Paris, 26 avril 1894, *Gaz. Pal.*, *Table*, 1er sem. 1894, v° *Mandat*, n. 2. — Paris, 27 déc. 1894, précité. — Lyon, 6 avril 1895, D., 95. 2. 431. — Trib. com. Seine, 3 nov. 1885, *Journ. des assur.*, 1886, p. 36. — Trib. com. Castres, 17 déc. 1886, D., 88. 2. 161. — Trib. civ. Bordeaux, 2 mars 1891, *Gaz. Trib.*, 13 oct. 1891. — Trib. civ. Toulouse, 23 juin 1891, *Rec. assur.*, 91. 414. — Trib. civ. Lyon, 13 déc. 1899, *Mon. jud. Lyon*, 5 janv. 1900. — Trib. paix Bordeaux, 17 mai 1898, *Journ. assur.*, 99. 80. — Bruxelles, 16 fév. 1888, *Journ. assur.*, 88. 2. 28. — Aubry et Rau, IV, p. 453, § 416, note 3; Guillouard, n. 225; Wahl, *Note*, S., 1900. 2. 297. — V. cep. Rouen, 18 nov. 1863, Bonneville de Marchangy, *Assur.*, chr. — Grenoble, 13 juin 1864, D., 64.2 207. — Grenoble, 13 mai 1872, S., 72.2.228. — Jugé que la révocation d'un courtier d'assurances par un particulier pour retard dans la signature des polices n'est pas intempestive. Trib. com. Seine, 24 nov. 1904, *Droit*, 4 fév. 1905.

Le mandant peut cependant se réserver le droit de révoquer quand il lui convient et sans indemnité le mandat même salarié (1). Cela est vrai même depuis la loi du 27 décembre 1890, qui annule cette clause en matière de louage d'ouvrage (2).

Le mandataire révoqué, qu'il soit salarié ou non, a également droit, s'il a fait des avances ou des dépenses, à leur remboursement (3).

815. D'un autre côté, la jurisprudence admettant que l'exercice d'un droit dans le seul but de nuire entraîne l'obligation de payer des dommages-intérêts, le mandant ne peut révoquer le mandataire dans le seul but de lui causer un préjudice (4).

Enfin, comme nous le dirons, le mandat ne peut être révoqué sans dommages-intérêts si le mandant s'est engagé à ne pas le révoquer. Cependant aucune indemnité n'est due en cas de révocation, malgré toute clause contraire, si la révocation est causée par les malversations du mandataire (5).

816. Le montant des dommages-intérêts peut être fixé d'avance à forfait ; le juge ne peut alors le modérer (6).

Cependant on n'admet pas que cette indemnité puisse être sensiblement supérieure au préjudice subi par le mandataire (7) ; mais cela n'est pas exact.

(1) Wahl, *Note*, S., 1900. 2. 297. — Cela s'applique à l'agent d'assurances, si on le considère comme mandataire. — Cass. civ., 10 nov. 1891, S., 91. 1. 529, D., 92. 1. 411. — Cass. civ., 18 juil. 1892, S., 92, 1. 337, D., 92, 1. 585. — Besançon, 14 mars 1888, S., 90. 2. 226, D., 89. 2. 148. — Besançon, 13 juil. 1893, S., 93. 2. 50. — La clause que l'agent pourra être révoqué pour quelque cause que ce soit, embrasse même le cas où il est révoqué sans cause légitime. — Besançon, 14 mars 1888, précité. — *Contra* Paris, 2 fév. 1888, S., 90. 2. 226. — Nancy, 29 juin 1899, S., 90. 2. 226. — Ces derniers arrêts sont inexacts dans l'opinion (formellement admise par celui de Nancy) que l'agent d'assurances est un mandataire.

(2) V. notre *Tr. du louage*, 3e éd., II, n. 3041.

(3) V. *infra*, n. 863 s.

(4) Besançon, 14 mars 1888, S., 90. 2. 226, D., 89. 2. 148 (agent d'assurances ; motifs).

(5) Cass. civ., 19 nov. 1889, S., 91. 1. 508 (directeur d'assurances qui, dans les traités qu'il passe, se fait consentir des avantages particuliers).

(6) Cass. Belg., 26 fév. 1885, S., 89. 4. 22, D., 86. 2. 257. — Guillouard, n. 225.

(7) Trib. civ. Bordeaux, 22 août 1890, *Rec. Bordeaux*, 90. 2. 79 (surtout si

817. En revanche la révocation, si brusque qu'elle soit ou pour quelque motif qu'elle ait lieu, d'un mandataire salarié ne donne lieu à aucune indemnité en cas de clause formelle (1). Cette clause est tellement licite qu'elle est permise, ou l'était il y a peu d'années, dans le louage d'ouvrage. Elle n'est d'ailleurs qu'un retour au droit commun, qui est la liberté absolue pour le mandant comme pour le mandataire de se dégager du contrat.

On a objecté que le mandant trouve ainsi moyen de s'exonérer d'une faute. Mais comment peut-il y avoir faute à se réserver le bénéfice des règles du droit commun ? et d'ailleurs la jurisprudence admet qu'on peut stipuler l'immunité de ses fautes contractuelles.

D'autre part le mandataire révoqué peut renoncer à l'indemnité (2).

II. *De la clause d'irrévocabilité du mandat.*

818. On peut décider que le mandat sera irrévocable (3). Pourquoi cette clause, qui est valable dans tous les contrats, ne le serait-elle pas dans le mandat ? C'est, dit-on, que le mandataire, qui rend un service, n'a pas de droit. Mais d'a-

elle est supérieure aux bénéfices que l'exécution du mandat aurait procurés au mandataire).

(1) Cass. civ., 10 nov. 1891, S., 91. 1. 529, D., 92. 1. 406 (agent d'assurances ; la clause par laquelle la compagnie se réserve le droit de le révoquer en tout temps et en tout état de cause, et cela sans qu'il puisse être réclamé aucune indemnité pour quelque cause que ce soit, permet le congédiement brusque et le juge du fait dénaturerait les clauses en décidant le contraire). — Besançon, 13 juil. 1892, *Journ. assur.*, 92. 399 (agent d'assurances). — Trib. comm. Seine, 3 décembre 1890, *Journ. trib. comm.*, 92.121 (agent d'assurances). — Trib. civ. Seine, 6 juin 1891, *Rec. assur.*, 92. 19 (*id.*). — Trib. com. Seine, 17 avril 1901, *Rec. assur.*, 1901. 268 (*id.*). — Guillouard, n. 225.

(2) La renonciation ne résulte pas du silence gardé lors de la révocation. — Lyon, 6 avril 1895, D., 95. 2. 431.

(3) Cass. req., 8 avril 1857, S., 57.1.835, D., 58.1.134. — Cass. req., 9 juil. 1885 (motifs), S., 87.1.478, D., 86.1.310 (agent d'assurances). — Besançon, 14 mars 1888, S., 90.2.226, D., 89.2.148 (agent d'assurances). — Cass. Belg., 26 fév. 1885, S., 89, 4.22 — Guillouard, n. 217; Louis Lucas, *Ann. dr. comm.*, IV, 1890, *Jurispr.*, p. 29. — *Contra* Martinique, 14 déc. 1870, D., 72.1.223. — Paris, 17 mars 1893, D., 93. 2.309. — Laurent, XXVIII, p. 105 ; Daguin, *Journ. dr. int.*, IX, 1882, p. 347. — *Allemagne.* Décidé que la stipulation d'irrévocabilité est nulle. Trib. Emp., 21 janv. 1881, *Journ. dr. int.* IX, 1882, p. 346. — V. pour le médecin ; Huc, X, n. 385.

bord il est faux que le mandataire rende essentiellement un service gratuit. D'autre part, la gratuité du service n'empêche pas que le mandataire, dans l'intérêt même qu'il porte au mandant, ne puisse désirer garder le mandat pendant un temps déterminé. Personne ne nie que le dépositaire ne puisse se réserver le droit de garder le dépôt jusqu'à une époque fixée ; or il rend, et il rend essentiellement un service gratuit. Du reste, l'on admet que le mandataire révoqué peut avoir droit à des dommages-intérêts. Stipuler l'irrévocabilité, ce n'est autre chose que de rendre les dommages-intérêts obligatoires.

Le mandataire peut donc stipuler que le mandant ne pourra, sans son assentiment, transiger avec la personne que le mandataire a mission de poursuivre (1). Cette transaction ne serait qu'une révocation du mandat.

On peut de même subordonner la révocation à certaines conditions (2), ou décider que le mandat sera irrévocable pendant un certain temps (3).

319. Il est généralement admis que par exception la révocabilité des administrateurs ou directeurs d'une société anonyme est d'ordre public et ne peut disparaître devant une clause des statuts qui interdit cette révocation (4) : c'est ce qui résulte de l'article 41 de loi du 24 juillet 1867.

La même solution doit être admise pour le directeur, qu'on appelle quelquefois directeur administratif, et qui, aux termes de l'article 22, peut être choisi parmi les administrateurs (5); car c'est un véritable administrateur.

Elle est inapplicable au directeur technique choisi parmi

(1) Trib. com., Saint-Étienne, 9 nov. 1899, *Droit*, 9 déc. 1899.

(2) Cass. req., 9 juil. 1885, précité.

(3) Tr b. civ. Lyon, 8 mars 1889, *Mon. jud. Lyon*, 3 mai 1889.

(4) Cass. civ., 30 avril 1878, S., 78.1.313, D., 78.1.314.—Cass. civ., 10 janv. 1881, S., 81.1.251, D,, 81.1.161.—Cass. req., 2 juil. 1888, D., 89.1.184.— Cass. req., 12 déc. 1892. D., 930.1.164.— Agen, 7 janv. 1879., D., 79.2.247.—Paris, 13 déc. 1883, S., 84.2.39, D., 85.2.8. — Paris, 29 janv. 1886, S., 86.2.234, D., 87.2.93. — Paris, 17 mars 1893, D., 93.2.309. — Trib. com. Mirecourt, 14 fév. 1900, D., 1901.2.68.— Trib. civ. Seine, 28 oct. 1887, *Gaz. Trib.*, 13 nov. 1887. — Lyon-Caen et Renault, *Traité*, II, n. 812.

(5) Paris. 25 juil. 1893, S., 94. 2. 45, D., 94.2.6. — Trib. com. Mirecourt, 14 fév. 1900, précité.

les tiers [1] ; nous avons vu, en effet, que ce directeur ne peut même pas être révoqué en l'absence de clause formelle.

La clause qui interdit la révocation d'un administrateur de société étant nulle, il en est de même de celle qui lui alloue une indemnité en cas de révocation [2].

III. *Des personnes qui peuvent révoquer le mandat et de la capacité en matière de révocation.*

820. C'est, comme le dit l'article 2004, au mandant qu'il appartient de révoquer le mandat. S'il y a plusieurs mandants et que leurs intérêts ne soient pas communs, chacun d'eux peut révoquer le mandat en ce qui le concerne, alors même que les intérêts des mandants seraient de la même nature.

Ainsi le mandat donné par plusieurs créanciers d'agir contre la faillite de leur débiteur peut être révoqué par chacun d'eux en ce qui le concerne [3].

821. Lorsque l'un des mandants a révoqué le mandat en ce qui le concerne, le mandat des autres reste valable [4].

Mais le mandat conféré dans leur intérêt commun par deux personnes ne peut être révoqué que de leur consentement commun [5].

Nous avons dit également que le mandat conféré dans l'intérêt du mandant et d'un tiers ne peut être révoqué par le mandant qu'avec l'assentiment de ce tiers [6].

(1) Paris, 8 mars 1886, S., 87. 2. 166.

(2) Cass., 30 avril 1878, S., 78. 1. 313, D., 78. 1. 314. — Cass., 2 juil. 1888, S., 88. 1. 421. — Paris, 28 janv. 1886, S., 86, 2. 234, D., 87. 2. 94. — Paris, 25 juil. 1893, S., 94. 2. 45, D., 94. 2. 6. — Paris, 17 mars 1893, précité.

(3) Trib. com. Seine, 29 déc. 1890, *Journ. trib. comm.*, 92. 165, — et les auteurs cités à la note suivante.

(4) Troplong, n. 119 ; Pont, I, n. 719 ; Guillouard, n. 221.

(5) Cass., 7 janv. 1868, S., 68. 1. 172. — Rennes, 7 juin 1865, S., 65. 2. 339. — Amiens, 28 janv. 1892, S., 94. 2. 177, D., 93. 2. 158 (mandat par le prêteur et l'emprunteur à un notaire de consacrer la somme prêtée à l'acquittement de certaines dettes hypothécaires de l'emprunteur, auxquelles le prêteur sera subrogé). — Trib. civ. Lyon, 2 juil. 1887, *Mon. jud. Lyon*, 5 août 1887. — Guillouard, n. 225. — Mais il en est autrement du mandat donné isolément, par deux cointéressés. — Trib. civ. Lyon, 20 mars 1891, *Mon. jud. Lyon*, 26 avril 1891 (deux copropriétaires). — Amiens, 22 déc. 1886, *Rec. d'Amiens*, 87. 105 (mandat de cautionner un tiers).

(6) V. *supra*, n. 810.

822. Quant à la capacité nécessaire pour la révocation du mandat, elle est la même que pour conférer un mandat, car la révocation porte sur les mêmes droits que le mandat lui-même et ne fait que transporter sur la tête du mandant l'exercice de ces droits, conféré antérieurement au mandataire.

C'est donc à tort qu'il a été décidé que la femme peut, sans autorisation de justice, révoquer le mandat qu'elle a conféré à son mari pour exercer une action relative à ses droits immobiliers (1).

IV. *Formes et étendue de la révocation.*

823. La révocation du mandat peut être expresse ou tacite (2). C'est ce que disait Pothier (3) et ce qui résulte, comme nous allons le voir, de l'article 2006. L'article 2006 indique un cas particulier de révocation tacite : « *La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire* « *vaut révocation du premier, à compter du jour où elle a* « *été notifiée à celui-ci.* » Cette règle est empruntée au droit romain (4) et à l'ancien droit (5).

Le mandat est révoqué même si le nouveau mandat est nul ou tombe faute d'acceptation du nouveau mandataire (6), car la raison de décider, à savoir la volonté du mandant, reste la même.

824. L'article 2006 reposant sur une présomption de volonté du mandant, on en conclut que le mandat ne sera pas révoqué si les deux mandants sont conciliables (7); cette observation nous paraît douteuse, car de cela seul que le mandant aura notifié au mandataire le nouveau mandat, il résultera

(1) Caen, 15 juil. 1824, S. chr. — Demolombe, IV, n. 186 ; Bertin, *Chambre du conseil*, 3e éd., II, n. 824.

(2) Alger, 8 juin 1894, *Journ. trib. algér.*, 10 oct. 1894. — Troplong, n. 709; Pont, I, n. 1161 ; Aubry et Rau, II, p. 653, § 416, note 4 ; Laurent, XXVIII, n. 101 ; Guillouard, n. 218 ; Eck, *loc. cit.*

(3) N. 114.

(4) L. 31, § 2, D., *de procurat.*, 3. 3.

(5) Pothier, n. 114 s. : Durand de Maillane, *op. cit.*, p. 355.

(6) Pothier, n. 114 ; Duranton, XVIII, n. 276 ; Troplong, n. 788 ; Pont, I, n. 1161 ; Laurent, XXVIII, n. 102 ; Guillouard, 219.

(7) Cass. req., 2 mars 1891, S., 95. 1. 493. — Guillouard, n. 219.

une révocation au moins partielle, la notification ne pouvant s'expliquer autrement.

Le mandant révoque également le mandat en accomplissant lui-même l'acte qu'il avait donné au mandataire mission d'accomplir [1].

825. La révocation expresse peut être faite dans une forme quelconque, et portée à la connaissance du mandataire par un moyen quelconque.

Il n'est donc pas nécessaire que la révocation soit notifiée par acte d'huissier au mandataire ; il suffit qu'elle soit indiquée d'une manière quelconque au mandataire [2].

C'est au mandant qu'il appartient de prouver que la révocation a été portée à la connaissance du mandataire [3].

826. La révocation peut n'être que partielle, si le nouveau mandat ne s'applique qu'à une partie de ce qui était compris dans l'ancien. Ainsi j'ai donné à Pierre le mandat général d'administrer tous mes biens ; plus tard je donne mandat à Paul de louer ma maison. Le mandat de Pierre ne sera révoqué que pour la maison ; il subsistera pour les autres biens. En d'autres termes, un mandat spécial ne révoque un mandat général que pour partie [4].

826 *bis*. Les juges du fond déterminent le moment à partir duquel le mandant a entendu révoquer le mandat [5].

§ II. *Renonciation du mandataire au mandat.*

827. Suivant l'article 2007 alinéa 1er : « *Le mandataire peut « renoncer au mandat en notifiant au mandant sa renonciation.* » Cette solution dérive de l'idée que le mandataire ne doit pas être victime de la complaisance qui l'a porté à ren-

(1) Durand de Maillane, *op. cit.*, p. 356.

(2) Cass. civ., 14 mai 1829, D. *Rép.*, v° *Mandat*, n. 432. — Troplong, n. 787 ; Pont, I, n. 1162 ; Aubry et Rau, VI, p. 655, § 416, notes 18 et 19 ; Guillouard, n. 220.

(3) Cass., 25 juin 1872. D., 74. 1. 38. — Trib. civ. Lyon, 6 janv. 1888, *Pand. franç.*, 90. 2. 83. — Troplong, n. 790 ; Guillouard, n. 220.

(4) Guillouard, n. 219.

(5) Cass. req., 24 juin 1905, S., 1906. 1. 8.

dre service [1]. Elle est traditionnelle [2]. Cependant, dans l'ancien droit, certains auteurs soutenaient que le mandataire ne pouvait plus renoncer au mandat dès qu'il y avait commencement d'exécution [3].

828. La renonciation peut être faite sous une forme quelconque, pourvu que le mandant en ait connaissance. Une notification en forme n'est donc pas nécessaire [4].

La notification est même inutile si le mandataire est dans l'impossibilité de la faire [5]. C'est ce que disait Pothier, qui citait comme exemples une maladie aiguë ou une détention dans un lieu où le mandataire n'a pas la faculté d'écrire [6].

829. Le mandataire a le droit de renoncer même si le mandat est salarié [7], car la loi ne distingue pas. Il est vrai, quoiqu'on dise le contraire [8], que dans la réalité le mandat salarié est un contrat synallagmatique; mais la loi le considère comme un contrat unilatéral.

Mais le mandataire ne peut renoncer au mandat qui est la condition d'un contrat synallagmatique [9], parce qu'alors ce n'est pas dans le but de rendre service, mais en échange des prestations reçues par lui ou des promesses à lui faites, que le mandataire a accepté le mandat.

D'autre part, le mandataire peut s'interdire de renoncer au mandat ; cette interdiction peut être considérée en fait comme résultant de la clause d'après laquelle le mandat prendra fin à une époque déterminée; car une clause de ce genre n'aurait pas grande utilité si le mandataire ne voulait, en y souscrivant, s'engager à remplir le mandat jusqu'à l'expiration du terme fixé. Cependant cette clause peut être également interprétée comme donnant au mandataire le

(1) Troplong, n. 338 ; Guillouard, n. 101 et 226.
(2) L. 22, § 11, L. 27, § 2, D., *Mand.*
(3) Argou, liv. III, ch. XXXVII, II, p. 352.
(4) Guillouard, n. 228.
(5) Guillouard, n 228.
(6) N. 43.
(7) Guillouard, n. 227. — *Contra* Laurent, XXVIII, n. 107.
(8) Guillouard, *loc. cit.*,
(9) Aubry et Rau, IV, p. 653, § 416 ; Guillouard, n. 227.

droit de se retirer après l'arrivée du terme, alors même que le mandant en éprouverait un préjudice.

Dans tous les cas la clause d'après laquelle le mandataire s'engage à remplir le mandat jusqu'à la fin de sa vie ne peut être interprétée que comme une défense de renoncer faite au mandataire (1).

830. La loi, après avoir autorisé la renonciation, ajoute: « *Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant,* « *il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins* « *que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer* « *le mandat, sans en éprouver lui-même un préjudice consi-* « *dérable* » (art. 2007, al. 2).

Parmi les justes causes de renonciation qui empêchent le mandataire d'être débiteur de dommages-intérêts, on peut citer la maladie (2), un changement de résidence (3), un changement de profession, etc.

831. Il peut être stipulé que si le mandataire renonce au mandat, une indemnité lui sera allouée ; on ne voit guère l'utilité de cette clause, mais elle est incontestablement valable.

Elle est valable même appliquée à des mandataires qui, comme les administrateurs de sociétés anonymes, sont révocables malgré toute clause contraire ; si une indemnité ne peut alors, comme nous l'avons vu, être stipulée pour le cas de révocation, rien n'empêche qu'elle soit stipulée pour le cas de démission. Le contraire a été jugé, par la raison, purement divinatoire, « qu'il serait toujours possible à un « directeur de se soustraire aux conséquences de la révoca- « tion en donnant sa démission » (4).

Et si l'indemnité a été stipulée tant pour le cas de démission que pour celui de révocation, elle doit être encore fournie dans le cas même où la première hypothèse se réalise (5).

(1) Sur la validité de cet engagement, V. *infra*, n. 849.
(2) Guillouard, n. 229.
(3) Guillouard, n. 229.
(4) Paris, 25 juil. 1893, S., 94. 2. 45, D., 94. 2. 6.
(5) C'est sur une pareille espèce que l'arrêt précité du 25 juil. 1893 a été rendu.

§ III. *Mort du mandant ou du mandataire.*

832. La considération de la personne est dominante dans le contrat de mandat. Le mandant est guidé par un sentiment de confiance, le mandataire par un sentiment d'affection, tout au moins lorsque le mandat est gratuit, ce qui constitue la règle ; or il n'y a rien de plus personnel que la confiance et l'affection. C'est pourquoi la mort de l'une des parties met fin au mandat (1).

Déjà dans le droit romain et dans l'ancien droit on décidait que la mort du mandant mettait fin au mandat (2).

Mais la mort civile du mandant ne mettait pas fin au mandat (3).

L'article 2003 s'applique notamment au mandat de poursuivre une instance ; il doit être renouvelé par les héritiers pour que le mandataire garde ses pouvoirs après le décès du mandant (4).

833. C'est également par application de l'article 2003 que le porteur d'un effet à ordre irrégulièrement endossé ne peut plus, à la mort du signataire de l'endossement, transmettre le titre ou en toucher le montant (5) ; l'endossement irrégulier ne vaut, en effet, que comme procuration (C. co., art. 138).

834. Si le mandat a été conféré par une société ou autre collectivité, sa dissolution ou la cessation de ses affaires équivaut à la mort du mandant (6). Le mandataire ne peut

(1) Pothier (n. 101 et 103) et d'autres auteurs (Guillouard, n. 230) rattachent à la personnalité du lien la cessation du mandat par la mort du mandataire, mais disent que si le mandat cesse par la mort du mandant c'est que sa volonté ne peut lui survivre. Si cette considération était exacte, on ne comprendrait pas que tous les contrats ne prissent pas fin par la mort des contractants.

(2) L. 12, §§ 16 et 17, D., *Mand.* — Pothier, *loc. cit.* ; Argou, II, p. 352, liv. III, ch. XXXVII ; Chorier, *La jurisp. de Guy-Pape*, 2e éd., 1769, liv. V, sect. I, art. 7, p. 286, quest. 119 ; Durand de Maillane, *op. cit.*, p. 375.

(3) Ferrière, sur la quest. 547 de Guy-Pape ; Chorier, *loc. cit.*

(4) Cons. d'Et., 27 oct. 1900, S., 1903. 3. 21.

(5) Cass. civ., 12 nov. 1890, S., 91. 1. 150, D., 91. 1. 408.

(6) Cass., 11 vend. an VII, S. chr. — Cass. req., 26 oct. 1891, S., 92. 1. 551, D., 92. 1. 441. — Trib. civ. Alger, 9 nov. 1892, *Rec. des assur.*, 1894, p. 102.

donc prétendre que cette dissolution équivaut à une révocation et soit au cas où elle est intempestive, soit au cas où le mandat ne peut être révoqué, réclamer des dommages-intérêts (1).

Cette solution a été appliquée à l'agent d'assurances (2).

Il en est ainsi même si la dissolution est volontaire (3).

De même, le mandat confié à une société ou à toute autre collectivité s'éteint par sa dissolution, même volontaire.

Cependant, le mandat continue, si la société qui se dissout était dotée de la personnalité morale et si le mandat émanait d'elle, pendant la durée de la liquidation, puisque cette personnalité subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à ce que cette liquidation soit terminée (4).

Au contraire, si la société remplit le rôle de mandataire, le mandat ne se continue pas pendant sa liquidation, car, dès sa dissolution, une société perd le droit de continuer ses opérations; elle ne peut plus que procéder à la réalisation de son actif et au paiement de son passif.

835. Si un mandat divisible a été donné par plusieurs personnes, la mort de l'une fait cesser le mandat pour sa part (5).

Si le mandat est indivisible, on décide que la mort de l'un des mandants fait cesser le mandat pour la totalité (6); les auteurs qui admettent cette opinion se mettent en contradiction avec celle qu'ils soutiennent sur la révocation du mandat par l'un des mandants (7) et qui paraît devoir être appliquée à notre hypothèse.

S'il y a plusieurs mandataires et que l'un d'eux décède, ses héritiers ne prennent pas sa place ; mais, si chacun des mandataires avait le pouvoir de faire seul l'affaire, le mandat

— Trib. com. Seine, 26 juin 1894, *Rev. soc.*, 94. 1. 262. — Troplong, n. 741 et 743; Pont, I, n. 1137 ; Guillouard, n. 231.

(1) Cass. req., 26 oct. 1891, précité. — Trib. civ. Alger, 9 nov. 1892, précité.

(2) Trib. civ. Alger, 9 nov. 1892, précité.

(3) Cass. req., 26 oct. 1891, précité (motifs). — *Contra* Trib. civ. Alger, 9 nov. 1892, précité.

(4) Cass. req., 26 oct. 1891, précité. — Trib. com. Seine, 26 juin 1894, précité.

(5) Pont, I, n. 1138 ; Guillouard, n. 231.

(6) Trib. civ. Valence, 17 juill. 1899, *Journ. assur.*, 1900. 192. — Pont, I, n. 1138; Guillouard, n. 231.

(7) V. *supra* n. 821.

subsiste à l'égard des mandataires survivants ([1]). Il en est autrement dans le cas contraire ([2]). Pothier ([3]) donnait ces diverses solutions.

836. La mort du mandant ne met pas fin au mandat de plein droit. Comme la révocation, et quoique la loi ne le dise pas, elle n'est opposable au mandataire ou aux tiers que si elle est connue d'eux ([4]). Les motifs de décider sont les mêmes.

De même: « *En cas de mort du mandataire, ses héritiers « doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en atten- « dant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de « celui-ci* » (art. 2010) ([5]).

Pour que cette obligation puisse donner lieu à une sanction à la charge des héritiers, il faut :

1° Que les héritiers connaissent le mandat ([6]).

2° Qu'ils sachent où ils peuvent trouver le mandant ([7]).

3° Qu'ils soient capables de s'engager par l'acceptation d'un mandat ([8]).

Si les héritiers sont mineurs, on ne peut leur reprocher de n'avoir pas continué le mandat ([9]). Mais nous croyons, contrairement à l'autorité de la cour de cassation ([10]), que cette obligation incombe à leur tuteur, sous sa responsabilité personnelle ([11]): c'est, en effet, d'une manière générale, que l'article 2010 exige l'accomplissement des actes urgents et on ne

([1]) Guillouard, n. 240.

([2]) Guillouard, n. 240.

([3]) N. 102.

([4]) Angers, 27 mars 1846, D., 46. 2. 86. — Laurent, XXVIII, n. 81; Guillouard, n. 236.

([5]) Sur ce dernier point, v. *infra*, n. 856.

([6-7]) Guillouard, n. 239.

([8]) Laurent, (XXVIII, n 85 ; Guillouard, n. 239. (Cet auteur exige qu'ils soient majeurs au décès du mandataire).

([9]) Duranton, XVIII, n. 293 ; Troplong, n. 385 ; Domenget, I, n. 676 ; Pont, I, n. 1185 ; Guillouard, n. 239 ; Sarrut, *Note*, D., 95. 1. 401.

([10]) Cass. crim., 3 janv. 1895, S., 95. 1. 112 (cet arrêt en conclut que le tuteur qui détourne les fonds du mandant ne commet pas un abus de confiance; la solution se justifie autrement : le tuteur n'étant pas le mandataire, mais seulement le représentant du mandataire, on ne peut lui appliquer l'art. 408 C. pén., qui parle exclusivement du mandataire).

([11]) Sarrut, *loc. cit.*

voit pas pourquoi le représentant du mineur échapperait à ce devoir ; le mineur étant mandataire en vertu des termes absolus de l'article 2010, c'est à son tuteur qu'il appartient d'exécuter le mandat.

837. Les parties peuvent d'ailleurs convenir que la mort soit du mandant, soit du mandataire ne mettra pas fin au mandat (1), puisque la cessation du mandat par la mort des parties est fondée sur leur volonté. Cette convention peut être expresse ou tacite (2).

Le juge du fond décide souverainement si cette convention existe (3).

La convention ne résulte pas uniquement de ce que les actes que le mandat a pour objet ont un caractère urgent(4).

Mais la mort du mandant ne met pas fin au mandat, si le mandat était la condition d'une convention passée entre le mandant et un tiers (5).

Il en est ainsi même si le mandant laisse des héritiers mineurs (6).

Il y a également convention tacite que le mandat survivra au mandant lorsqu'il a été donné dans l'intérêt commun du mandant et d'un tiers ou du mandant et du mandataire (7).

838. Il peut même être convenu que l'exécution du mandat *commencera* après la mort du mandant (8).

(1) Laurent, XXVIII, n. 88 ; Guillouard, n. 232. — L. 12, § 17, L. 13, D., *Mand* — Allemagne, Droit commun, Eck, *loc. cit.*

(2) Cass. belge, 2 juin 1887, D., 89. 2. 39.

(3) Cass. belge, 3 juin 1887, précité.

(4) V. cep. Grenoble, 30 juin 1894, *Rec. Grenoble*, 94. 241 (le mandat à un banquier de recouvrer les effets de commerce ou de constater leur non-paiement, comportant des mesures urgentes dans un délai très court et fatal, ne prend pas fin par le décès du banquier).

(5) Rouen, 1er avril 1892, D., 94. 2. 134 (si le vendeur et l'acheteur ont confié à des arbitres la fixation du prix de la vente, la mort de l'un d'eux ne met pas fin au mandat des arbitres).

(6) Rouen, 1er avril 1892, précité.

(7) Cass., 22 mai 1860, S., 60. 1. 721, D., 60. 1. 449. — Cass., 16 mai 1882, S., 84. 1. 154. — Douai, 22 déc. 1848, S., 50. 2. 161, D., 51. 5. 352. — Duranton, XVIII, n. 284 ; Troplong, n. 718 ; Pont, I, n. 1140 ; Aubry et Rau, IV, p. 654, § 416 ; Guillouard, n. 233.

(8) Trib. civ. Toulouse, 27 juin 1890 (motifs), *Gaz. Trib. Midi*, 27 juil. 1890. — Autorités citées aux notes suivantes ; Duranton, XVII, n. 283 ; Troplong,

Tels sont les cas du mandat donné à l'exécuteur testamentaire du mandant d'élever un monument au défunt (1), de payer ses dettes (2), de publier des documents après sa mort (3), de remettre une chose à un tiers (4), comme nous l'avons dit dans notre *Traité du dépôt* (5), de payer à un mandataire le montant d'une assurance contractée sur la vie du mandant (6).

Le droit romain (7) et l'ancien droit (8) validaient déjà le mandat d'élever un monument funèbre au mandant et le Code civil, en autorisant la nomination d'un exécuteur testamentaire, consacre également la validité du mandat *post mortem mandantis*. Ce dernier argument est tellement fort que notre opinion ne serait pas détruite par les considérations juridiques qu'on lui oppose, alors même que ces considérations seraient fondées en elles-mêmes. D'ailleurs, elles sont inexactes. Elles consistent à dire que la volonté du mandant s'arrête à son décès, et ne peut se prolonger, qu'on ne peut d'ailleurs représenter un mort. Si la volonté du mandant s'arrête à son décès, rien ne l'empêche de mettre une obligation à la charge de ses héritiers. Du reste, l'argument que nous combattons conduirait à dire que le mandat ne peut même *continuer* après le décès du mandant, et c'est ce que personne ne soutient.

On décide cependant que le mandat ne peut être déclaré exécutoire seulement après la mort du mandant, s'il s'agit d'une donation (9), parce que le concours des volontés nécessaire à ces donations ne se rencontre pas. On applique cette

n. 728 ; Aubry et Rau, IV, p. 654, § 416, note 12. — *Contra* Laurent, XXVIII, n. 88.

(1) Guillouard, n. 232.

(2) Cass. Belgique, 2 juin 1887, D., 89. 2. 39. — Guillouard, n. 232.

(3) Paris, 10 déc. 1850, S., 50. 2. 625, D., 51. 2. 1. — Guillouard, n. 232.

(4) Rennes, 14 déc. 1886, *Gaz. Pal.*, 87. 1. 18.

(5) 2e éd., n. 1143 s.

(6) Amsterdam, 13 nov. 1885, *Journ. dr. int.*, XIV, 1887, p. 107.

(7) L. 12, § 17, L. 13, L. 27, § 1, D., *Mand.*, 17. 1.

(8) Pothier, n. 108.

(9) Trib. civ. Toulouse, 27 juin 1890, *Gaz. Trib. Midi*, 27 juil. 1890. — V. notre *Tr. de la soc., du prêt, du dépôt*, 2e éd., n. 1144.

solution même à la donation déguisée [1] ou au don manuel [2].

En tout cas le mandat n'a pas pour objet un fait de nature à n'être accompli qu'après la mort du mandant quand la mission donnée au mandataire est simplement reportée à un terme lors de l'arrivée duquel le mandant est, en fait, décédé [3].

§ IV. *Interdiction ou changement d'état du mandant ou du mandataire.*

839. La loi dit que le mandat prend fin par l'interdiction du mandant ou du mandataire.

Cette solution doit être étendue à tout changement d'état qui rend le mandant incapable de conférer un mandat semblable à celui qu'il a donné ou le mandataire incapable de s'obliger par l'acceptation d'un pareil mandat [4]. Pothier se prononçait en ce sens [5]. Les motifs de décider sont les mêmes : c'est, comme nous le disent les travaux préparatoires, qu'il est impossible d'agir au nom d'un homme à qui la loi ne permet pas de stipuler pour lui-même [6].

Ainsi le mandat cesse lorsque l'une des parties est une femme qui se marie [7], ou quand l'une des parties est pourvue d'un conseil judiciaire [8].

840. Il ne s'agit, du reste, que des changements de droit dans l'état. Si, par exemple, le mandant tombe en démence,

(1) Trib. civ. Toulouse, 27 juin 1890, précité.

(2) Trib. civ. Toulouse, 27 juin 1890.

(3) V. cep. Angers, 14 fév. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 488 (en cas de mandat de toucher des effets de commerce, si, lors de l'échéance des effets, le mandat est décédé, le mandataire doit néanmoins présenter les effets sous peine de faire encourir aux héritiers du mandat les déchéances prononcées par la loi, parce que l'objet du mandat n'a, par sa nature, pu s'accomplir qu'après le décès du mandant).

(4) Duranton, XVIII, n. 285 et 286 ; Troplong, n. 744 ; Guillouard, n. 241. — *Contra* Laurent, XXVIII, n. 91.

(5) N. 111.

(6) Discours du tribun Bertrand de Greuille au Corps législatif, Fenet, XIV, p. 613.

(7) Rouen, 31 oct. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1, 2e p., 50. — Mêmes auteurs.

(8) Mêmes auteurs.

sans être interdit, le mandat ne cesse pas (1). Outre que les textes ne fournissent plus ici aucun argument d'analogie, on ne peut, sans entraver la représentation, obliger les tiers à vérifier constamment l'état d'esprit du mandant.

Il en est ainsi même si la folie du mandant est notoire (2).

La démence du mandataire ne met pas davantage fin au mandat (3).

Il en est ainsi même si les tiers la connaissaient (4), puisqu'aucune capacité n'est exigée du mandant (5). Cependant il va sans dire que les tiers qui ont frauduleusement bénéficié de la démence du mandataire, ne peuvent vis-à-vis du mandant tirer parti des avantages que leur confère le contrat.

§ V. *Déconfiture, faillite ou liquidation judiciaire du mandant ou du mandataire.*

841. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour étendre à la faillite ce que la loi dit de la déconfiture du mandant ou du mandataire (6). Les motifs de décider sont les mêmes; le mandant est dessaisi, le mandataire ne mérite plus aucune confiance (7).

Ainsi, de même que le porteur d'un effet à ordre irrégulièrement endossé ne peut plus le transmettre ou en toucher le montant après le décès du signataire de l'endossement (8), la mise en faillite de ce signataire lui enlève également ces droits (9).

(1) Paris, 7 janv. 1815, S. chr. — Aix, 19 nov. 1889, D., 90. 2. 156.
(2) *Contra* Aix, 19 nov. 1889, précité (motifs).
(3) Guillouard, n. 242.
(4) *Contra* Guillouard, n. 242.
(5) V. *supra*, n. 417 s.
(6) Cass., 24 août 1847, S., 48. 1. 33, D., 47. 1. 329. — Cass. civ., 12 nov. 1890, S., 91. 1. 150, D., 91. 1. 408. — Amiens, 21 mars 1891, D., 92. 2. 305, — Bordeaux, 21 fév. 1892, D., 94. 2. 184 (impl.) ; faillite du liquidateur d'une société). — Trib. civ. Gand, 1er mai 1900, *Pascr.*, 1901. 3. 9. — Aubry et Rau. IV, p. 654, § 416, note 14 ; Laurent, XXVIII, n. 92 ; Guillouard, n. 243.
(7) Rapport de Tarrible au Tribunat, Fenet, XIV, p. 603.
(8) V. *supra*, n. 833.
(9) Cass. civ., 12 nov. 1890, S., 91. 1. 150, D., 91, 1. 408.

842. La liquidation judiciaire entraîne également la cessation du mandat [1]. Que le liquidé soit le mandant ou le mandataire, il est, sinon dessaisi, au moins dans l'impossibilité de faire des actes sérieux sans l'assistance du liquidateur (L. 4 mars 1889, art. 6) ; de plus il cesse d'inspirer confiance. On a donc tort de soutenir que dans le cas où le liquidé est autorisé à continuer l'exploitation, le mandat continue [2].

843. Le mandat légal finit, comme le mandat conventionnel, par la faillite, la déconfiture ou la liquidation judiciaire du mandant ou du mandataire [3].

Mais si le mandat est la condition d'un contrat synallagmatique passé avec le mandataire ou un tiers, on admet que la faillite ou la déconfiture ne mettent pas fin au mandat, parce que le mandat fait partie du contrat principal, lequel est maintenu [4].

843 *bis*. La cessation du mandat confié à un failli provenant de son dessaisissement, le mandat prend fin seulement au moment où se produit le dessaisissement, c'est-à-dire au moment du jugement déclaratif. On ne peut faire remonter la cessation du mandat au jour de la cessation des payements [5]. L'opinion contraire aurait de très graves inconvénients pratiques, puisqu'elle aboutirait à faire déclarer nuls les actes passés par le mandataire à une époque où son cocontractant pouvait ignorer la cessation des payements.

844. La cessation résultant de la déconfiture, de la faillite ou de la liquidation judiciaire ne peut être opposée par la

(1) Amiens, 21 mars 1891, D., 92. 2. 305. — Trib. com. Bordeaux, 4 juill. 1901, *Mém. Bordeaux*, 1901. 1. 227.

(2) Pic, *Note*, D., 92. 2. 305.

(3) Décidé cependant que, le capitaine étant mandataire légal des chargeurs, son mandat ne cesse pas par la faillite ou la déconfiture des mandants. — Anvers, 23 avril 1885, *Jurisp. d'Anvers*, 85. 1. 373, *Anal. Journ. dr. int.*, XIII, 1886, p. 367.

(4) Cass., 31 juill. 1872, S, 73. 1. 157, D., 72. 1. 300. — Bordeaux, 12 et 19 août 1831, S., 32. 2. 200. — Pont, I, n. 1141 ; Laurent, XXVIII, n. 95 ; Guillouard, n. 244. — *Contra*, Douai, 20 fév. 1847, S, 48. 2. 33, D., 48. 2. 93.

(5) *Contra*, Trib. com. Gand, 1er mai 1900, *Pasicr.*, 1901. 3. 9.

personne frappée de ces déchéances, mais seulement par son cocontractant (1).

845. Mais la partie dont le mandat se termine par sa faillite ou sa déconfiture ne doit pas de dommages-intérêts à l'autre partie (2).

§ VI. *Impossibilité d'exécution.*

846. Le mandat cesse comme tous les contrats par un cas fortuit ou une force majeure (3), qui en rend l'exécution impossible, par exemple par la perte de l'objet du mandat (4), par l'incendie de la maison que le mandataire était chargé d'administrer (5).

§ VII. *Absence du mandant ou du mandataire.*

847 L'absence du mandant n'est pas assimilée à sa mort et ne met pas fin au mandat (6). Il en est de même de l'absence du mandataire; cependant nous avons dit que l'absence peut être une cause légitime de renonciation (7).

§ VIII. *Consommation de l'affaire. — Terme ou condition.*

848. Le mandat cesse par la consommation de l'affaire (8), par l'arrivée du terme (9) ou de la condition (10) auxquels il a été soumis; ce n'est que l'application de la volonté des parties.

Le terme peut être incertain; ainsi le mandat donné par

(1) Cass., 24 août 1847, S., 48. 1. 33, D.. 47. 1. 329. — Pont, I, n. 1149 ; Laurent, XXVIII, n. 91 ; Guillouard, n. 244.
(2) Amiens, 21 mars 1891, D., 92. 2. 305. — Pic, *Note*, D., 92. 2. 305.
(3) Troplong, n. 759 ; Guillouard, n. 245.
(4) Mêmes auteurs.
(5) Mêmes auteurs.
(6) Laurent, XXVIII, n. 82 ; Guillouard, n. 237.
(7) V. *supra*, n. 830.
(8) Bourges, 19 juil. 1831, S., 33. 2. 384. — Troplong, n. 760, 765 et 825 ; Pont, I, n. 1153 ; Guillouard, n. 246 ; Eck, *loc. cit.*
(9) Pothier, n. 119 ; Guillouard, n. 247 ; Eck, *loc. cit.*
(10) Eck, *loc. cit.*

une personne qui déclare partir pour un voyage, cesse lors de son retour (1).

849. Parmi les termes incertains, il faut citer celui qui expire à la mort du mandant ou du mandataire ; on ne peut contester sa validité. Ainsi une convention par laquelle un médecin s'engage à soigner, pendant toute sa vie, une personne ou une famille est valable (2). Si on considère la convention intervenue au sujet des soins d'un médecin comme un mandat (3), rien ne défend au mandataire de renoncer au droit de dénoncer le mandat. Si on considère cette convention comme un louage d'ouvrage, l'article 1780 n'interdit que les services de domesticité promis à vie (4).

Mais nous pensons que la convention par laquelle un médecin s'attache pour toute sa vie à la personne de son client et s'engage à ne soigner que lui constitue précisément une convention interdite par l'article 1780, si on considère le médecin comme un locateur d'ouvrage ; cette convention est, au contraire, valable si on le considère comme un mandataire.

§ IX. *Cessation ou cession de l'entreprise.*

850. Le mandat de faire pour le compte du mandant une série d'actes d'une nature déterminée rentrant dans le commerce ou dans l'industrie du mandataire cesse avec l'entreprise du mandataire, la volonté des parties étant vraisemblablement en ce sens.

Le mandat ne se transmet pas, en général, au successeur du mandataire (5).

La volonté commune du mandant et du cessionnaire de l'entreprise peut confier à ce dernier la continuation du mandat confié au cédant. Cette volonté peut être manifestée taci-

(1) Pothier, n. 119 ; Guillouard, n. 247.

(2) Cass., 21 août 1839, S., 39. 1. 663, D., 39. 1. 340. — Roland, *Les médecins et la loi du 30 nov. 1892*, n. 171, *Lois nouvelles*, 1893, p. 117 ; Fuzier-Herman, art. 1128, n. 13.

(3) V. *supra*, n. 379.

(4) V. notre *Tr. de louage*, 3e éd. II, n. 286 s.

(5) Caen, 28 déc. 1887, *Gaz. Pal.*, 88. 1. *Suppl.*, 71 (mandat à un entrepreneur de camionnage de retirer des colis d'une gare).

tement (1). Elle se prouve alors de la même manière que le mandat tacite (2).

§ X. *Des causes de dissolution du mandat en droit international.*

851. La loi qui détermine les causes de dissolution du mandat est celle du lieu où le mandat s'est formé, car c'est cette loi qui détermine tous les effets du contrat. L'opinion contraire aurait le grand inconvénient, dans le cas où l'exécution du mandat devrait avoir lieu dans plusieurs pays dont les législations admettraient des solutions diverses au sujet des causes de dissolution du mandat, d'aboutir à considérer souvent le mandat à la fois comme ayant pris fin et comme continuant.

Si, par exemple, cette loi admet la cessation du mandat par la mort du mandant, elle doit être appliquée même si le mandat a été exécuté dans un pays qui n'admet pas cette cause de cessation du mandat (3).

SECTION II

EFFETS DE LA CESSATION DU MANDAT

§ I. *Effets de la cessation du mandat dans les rapports entre le mandant et le mandataire.*

I. *Remise des titres.*

852. L'article 2004 (4) permet au mandant de réclamer au mandataire révoqué l'original sous seing privé ou en brevet,

(1) Cass. civ., 8 et 9 juil. 1895, S., 97. 1. 133 (sol. impl.).

(2) V. *supra*, n. 504. — Décidé que la preuve de la continuation par un notaire du mandat confié à son prédécesseur peut résulter de ce qu'il a conservé la clientèle du mandant, est resté détenteur des actes d'obligation que concernait le mandat, etc. Cass. civ., 8 et 9 juil. 1895, précités.

(3) Von Bar, *Th. und Praxis des intern. Privatrechts*, 2e éd., Hanovre, 1889, II, p. 71, n. 269. — *Contra* Fiore, *Dr. int. privé*, n. 335. — V. aussi Phillimore, *Comment. upon intern. law*, 2e éd., Lond., 1871, § 705, qui admet en principe notre opinion, mais y fait exception pour le cas où le tiers a ignoré cette cause de cessation du mandat. Cela n'est pas admissible. Von Bar, *loc. cit.* — Cpr. Story, *Comment. upon intern. law*, 5e éd., Boston, 1857, § 286 *d*, qui pose seulement la question.

(4) V. *supra*, n. 808.

ou l'expédition de la procuration. Le mandant évite ainsi que le mandataire ne continue à prendre cette qualité vis-à-vis des tiers ([1]). Notamment il peut réclamer la restitution de la lettre missive qui contient le mandat ([2]).

En outre, il est utile, si la procuration a été donnée par acte notarié et en minute, que le mandant fasse défense au notaire de délivrer au mandataire d'autres expéditions ([3]).

Quoique l'article 2004 ne parle que du cas de révocation, il doit être étendu à tous les autres modes de dissolution, car il s'explique par une raison de portée générale ; cette raison, nous l'avons dit, est que le mandataire doit être mis hors d'état de représenter vis-à-vis des tiers le mandant lorsque ce droit lui a été enlevé.

Le mandant peut également réclamer au mandataire tous les titres constatant l'exécution du mandat ; il ne fait ainsi qu'exiger la preuve de l'exécution ([4]).

II. *Cessation des fonctions du mandataire.*

853. La principale conséquence de la dissolution du mandat est évidemment que le mandataire n'a plus désormais le droit ni l'obligation d'accomplir aucun acte pour le compte du mandant.

Toutefois, d'après l'article 1991, alinéa 2 : *Il* [le manda-« taire] *est tenu de même* ([5]) *d'achever la chose commencée « au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure.* » ([6])

Dans toutes les autres hypothèses de dissolution, et notamment lorsque le mandant devient incapable, il y a aussi lieu de décider que les actes faits par le mandataire

([1]) Rapport de Tarrible au Tribunat, Fenet, XIV, p. 602 ; Guillouard, n. 222.

([2]) Bordeaux, 12 mars 1842, S., 42. 2. 266. — Guillouard, n. 222.

([3]) Troplong, n. 766 ; Pont, I, n. 1163 ; Aubry et Rau, IV, p. 653, § 416, note 8 ; Guillouard, n. 222.

([4]) V. *supra*, n. 666.

([5]) Les mots « de même » font allusion à l'obligation qu'a le mandataire d'exécuter le mandat *tant qu'il en demeure chargé* (art. 1991, al. 1).

([6]) Dans l'ancien droit on décidait que si le mandataire était engagé dans un procès pendant, il devait achever ce procès malgré la mort du mandant. — Chorier, *op. cit.*, p. 286, quest. 119.

sont valables dans les conditions où ils seraient valables après la mort du mandant [1].

854. Le mandataire doit par exemple continuer les opérations commencées si elles ne peuvent être interrompues [2].

Il doit également faire les actes urgents si cela est utile au mandant [3].

Il a, en revanche, le droit de continuer des opérations, si cette continuation ne peut être évitée sans inconvénients pour lui [4].

855. Toutes ces solutions s'appliquent même au cas où l'exécution n'était pas commencée au moment où s'est produit l'événement qui a mis fin au mandat, car le contrat de mandat n'en était pas moins parfait [5].

856. Les héritiers du mandataire doivent également, d'après le texte de l'article 2010 [6], pourvoir à ce que les circonstances exigent. Cette disposition ne leur permet de faire que les actes urgents et indispensables [7].

857. Les articles 1991 et 2010 trouvent leur application, non seulement si le mandat portait sur une affaire spéciale, mais encore s'il portait sur des opérations multiples, comme la liquidation d'un fonds de commerce [8].

858. C'est d'ailleurs au juge du fait qu'il appartient de déterminer souverainement si les actes qui ont été accomplis ou que les parties prétendent avoir dû être accomplis après l'expiration du mandat étaient urgents [9].

859. Si les actes ne sont pas urgents, le mandataire qui les accomplit est, en ce qui les concerne, un gérant d'affaires; il n'a donc de recours contre le mandat ou ses héri-

(1) Rouen, 31 oct. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1, 2e p., 50.

(2) Guillouard, n. 223.

(3) Troplong, n. 708; Guillouard, n. 223.

(4) Ainsi le mandataire chargé d'acheter des titres peut, malgré la révocation survenue depuis l'achat, se les faire livrer et les livrer lui-même au mandant. Cass. req., 2 juil. 1905, S., 1901. 1. 445.

(5) Guillouard, n. 234.

(6) V. *supra*, n. 836.

(7) Guillouard, n. 238.

(8) *Contra* Lyon, 28 mars 1895, D., 96. 2. 347 (pour l'art. 1991).

(9) Cass., 6 août 1889, S., 91. 1. 518, D., 90. 1. 183.

tiers que dans les circonstances et dans la mesure où ce recours appartient au gérant d'affaires.

Mais pas plus qu'un gérant d'affaires il ne peut encourir de responsabilité envers les tiers à raison de l'accomplissement de ces actes. Ainsi le liquidateur d'un fonds de commerce qui, après la fin de son mandat, paye l'un des créanciers au détriment des autres n'est pas responsable vis-à-vis de ces derniers; une décision a été rendue en sens contraire (1).

Si les héritiers ou le mandataire font des actes non urgents et que le mandant le sache et ne s'y oppose pas, le mandat continue par une convention tacite (2).

Pour les actes qu'ils sont tenus d'accomplir, les héritiers sont de véritables mandataires et non pas des gérants d'affaires (3), car ils remplissent le rôle que remplit le mandataire dans tous les cas où le mandat cesse par une autre cause que par sa mort. Cette solution a l'avantage de leur assurer le remboursement de la totalité de leurs dépenses (4), et cela est de toute justice, puisqu'ils ne peuvent se dispenser de ces dépenses.

Nous en dirons autant du mandataire qui, après la dissolution du mandat, achève le mandat commencé.

Il résulte de là que les peines de l'abus de confiance, prononcées par l'article 408 du Code pénal contre le mandataire qui détourne les fonds du mandant, sont applicables au mandataire ou à ses héritiers qui ont continué le mandat après son expiration (5).

Pour certains auteurs, l'héritier serait mandataire si les choses n'étaient plus entières et gérant d'affaires dans le cas contraire (6).

(1) Lyon, 28 mars 1895, D., 96.2.347. — Troplong, n. 793; Guillouard, n. 224.

(2) Guillouard, n. 238.

(3) Colmet de Santerre, VIII, n. 234; Guillouard, n. 238; Sarrut, *Note*, D, 95. 1. 401. — *Contra* Duranton, XVIII, n. 293; Delamarre et Lepoitvin, *Dr. comm.*, III, n. 283.

(4) Guillouard, n. 238.

(5) Cass., 12 janv. 1866, S., 66. 1. 62. — Cass., crim., 3 janv. 1895, S., 95. 1. 112, D., 95. 1. 401 (impl.). — Sarrut, *loc. cit.*

(6) Troplong, n. 830 s. Domenget, I, n. 680.

860. Nous avons vu plus haut que les héritiers du mandataire doivent informer de la mort de ce dernier le mandant [1] et que celle des parties qui met fin au mandat par sa volonté doit en informer l'autre partie [2].

861. Nous avons étudié jusqu'à présent les hypothèses où le mandataire ou ses héritiers doivent agir après la cessation du mandat. Il en est une autre où, sans que cette obligation incombe au mandataire, les actes qu'il fait conformément au mandat sont opposables au mandant

Le droit romain [3] et l'ancien droit [4] décidaient déjà que les actes accomplis par le mandataire ignorant de la fin du mandat étaient valables. On fondait cette solution sur l'idée que le mandat ne doit pas tourner au préjudice du mandataire.

L'article 2008 dit également : « *Si le mandataire ignore « la mort du mandant, ou l'une des autres causes qui font « cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est « valide* [5]. »

Nous avons déjà fait remarquer que l'article 2008 n'est pas applicable au cas où le mandataire n'avait pas encore accepté le mandat au moment de la mort du mandant [6].

L'ignorance du mandataire doit être présumée [7].

III. *Dommages-intérêts dus par suite de la cessation du mandat.*

862. La dissolution du mandat entraîne dans certains cas l'obligation à la charge de l'une des parties de payer des dommages-intérêts à l'autre : nous avons examiné dans quelles hypothèses cette conséquence se produit [8].

(1) V. *supra*, n. 836.

(2) V. *supra*, n. 823 s., 827 s.

(3) § 10, Inst., *De mand.*, 3. 27; LL. 26 et 58. D., *Mand.*, 17. 1.

(4) Domat, liv. I, tit. 15, sect. 4, n. 6; Pothier, n. 106.

(5) Trib. Viborg (Danemark), 28 fév. 1883, *Journ. dr. int.*, XII, 1885, p. 201. — L'art. 2008 s'applique aux actes de toute nature, notamment aux actes de procédure, comme les saisies. — Trib. civ. Seine, 2 mai 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 669, *Pand. franç.*, 95. 2. 230.

(6) V. *supra*, n. 496.

(7) Trib. civ. Seine, 2 mai 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 1. 669, *Pand. franç.*, 95. 2. 230. (motifs).

(8) V. *supra*, n. 812 s., 830 s.

IV. *Payement des salaires et avances du mandataire.*

863. Après la cessation du mandat, le mandataire, qui garde évidemment droit à ses salaires pour les opérations antérieures, perd ce droit pour l'avenir.

Peu importe même que le mandataire, en dépit de sa révocation, exécute le mandat (1). Il n'est même pas gérant d'affaires, puisque le mandant lui a fait défense d'agir pour son compte, et d'ailleurs les gérants d'affaires n'ont droit à aucun salaire.

Le salaire ne sera dû au mandataire que pour les opérations qu'il était tenu d'accomplir après la cessation du mandat.

Toutes ces règles s'appliquent aussi aux héritiers du mandataire.

864. Le mandataire a également le droit de se faire rembourser les avances qu'il a faites avant la cessation du mandat (2). Cela est vrai du mandataire salarié comme du mandataire gratuit (3).

Mais le mandataire, même salarié, ne peut, après la fin du mandat, par exemple s'il est révoqué, demander le remboursement des frais d'installation ou autres qu'il a faits pour son propre compte en vue de représenter le mandant (4).

865. Les dépenses nécessaires faites par le mandataire après la mort du mandant doivent être remboursées, et cela pour leur montant intégral (5). Ce n'est pas par application de l'article 1999, qui n'a trait qu'aux dépenses faites dans le cours du mandat, mais parce que le mandataire est tenu de les faire en cas d'urgence et aussi parce qu'elles doivent être

(1) Aubry et Rau, IV, p. 649. § 414, note 7; Laurent, XXVIII, n. 28; Guillouard, n. 167. — V. cep. Pont, I, n. 1107.

(2) Trib. civ. Lyon, 28 avril 1891, *Mon. Jud. Lyon*, 10 août 1891. — Trib. civ. Lyon, 13 déc. 1893, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 102. — Trib. civ. Seine, 18 mars 1895. *Journ. des assur.*, 95. 265. — Ainsi l'agent d'assurances révoqué peut demander une indemnité pour les polices qu'il avait préparées avant son départ. — Trib. civ. Bordeaux, 2 mars 1891, *Gaz. trib.*, 13 oct. 1891.

(3) Cass., 26 juin 1890, *Pand. franç.*, 91. 1. 79. — Guillouard, n. 225.

(4) Cass. civ., 18 juill. 1892, S., 92. 1. 337.

(5) Cass., 6 août 1889, S., 91. 1. 518, D., 90. 1. 183. — Guillouard, n. 155.

remboursées, d'après les principes généraux, à toutes personnes.

Quant aux dépenses utiles, l'article 1999 cessant d'être applicable, on soutient qu'elles ne sont sujettes à aucun remboursement (1). Nous pensons qu'elles doivent être remboursées pour le montant de l'enrichissement qu'elles procurent au mandant, conformément aux principes.

En tout cas le mandataire ou ses héritiers ont droit, dans les mêmes conditions que si le mandat n'était pas expiré, au remboursement des avances qu'ils ont faites, après la fin du mandat, pour l'accomplissement des opérations qu'ils étaient tenus de faire, par exemple pour la continuation des affaires commencées ou pour les actes urgents (2).

866. Après la fin du mandat, le mandataire (par exemple le mandataire révoqué) jouit du droit de rétention dans les mêmes conditions que dans le cours du mandat (3).

867. Dans le cas où une indemnité de révocation est due au mandataire, peut-il, jusqu'au paiement de cette indemnité, exercer le droit de rétention sur l'objet du mandat? La question se pose de la même manière que pour les honoraires du mandataire (4).

§ II. *Effet de la cessation du mandat dans les rapports avec les autres mandants ou mandataires.*

837 *bis.* Lorsqu'il y a plusieurs mandants, la cessation du mandat, survenue en ce qui concerne l'un des mandants, ne se produit pas en ce qui concerne les autres, car il n'y a pas impossibilité matérielle à ce que l'une des parties agisse elle-même et les autres par l'intermédiaire d'un mandataire.

De même, s'il y a plusieurs mandataires, la cessation sur-

(1) Guillouard, n. 155.

(2) Trib. com. Bordeaux, 4 juill. 1901, *Mém. Bordeaux.*, 1901. 1. 227 (liquidation judiciaire de l'un des mandataires).

(3) Trib. civ. Seine, 1er fév. 1894, sous Cass. req., 15 juill. 1896, S., 97. 1. 269.

(4) V. *supra*, n. 767.

venue du chef de l'un des mandataires n'enlève pas leur mandat aux autres. Il en est autrement toutefois si les mandataires ne pouvaient agir que conjointement [1].

§ III. *Effets de la cessation du mandat dans les rapports entre le mandant et les tiers.*

868. En principe, les actes accomplis par le mandataire avec les tiers, postérieurement à la cessation du mandat, ne confèrent aucun droit aux tiers contre le mandant. Cependant, si, dans l'ignorance de la cause qui a mis fin au mandat, un tiers contracte avec le mandataire dont les pouvoirs ont cessé, il acquerra action contre le mandant, qui sera obligé comme il l'aurait été par un mandataire dont les pouvoirs n'auraient pas cessé. C'est ce que dit l'article 2009 : « *Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire* « *sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi.* » L'article 2005 applique cette solution à un cas particulier en disant : « *La révocation ne peut être opposée aux tiers qui* « *ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au* « *mandant son recours contre le mandataire.* »

Comme ce dernier texte ne s'inquiète pas de la bonne foi du mandataire, il en est de même de l'article 2009 [2], quoique l'article 2009, par sa référence à l'article 2008 [3] (*dans les cas ci-dessus*), paraisse exiger cette bonne foi. Du reste, notre solution est d'accord avec l'idée que les fautes du mandataire tombent à la charge du mandant.

On a même voulu donner aux tiers un recours contre le mandataire pour le cas où le mandant ou ses héritiers seraient insolvables [4]. Nous n'acceptons pas cette solution ; car tout ce que dit l'article 2009, c'est que les tiers ont, dans l'hypothèse qu'il prévoit, les mêmes droits que si le mandat n'était pas expiré ; on ne peut leur donner aucun droit de plus.

[1] Cass. civ., 6 août 1889, S., 91. 1. 518, D., 90. 1. 183.

[2] Pont, I. n. 1179 ; Aubry et Rau, IV, p, 655, § 416, note 19 ; Laurent, XXVIII, n. 110 ; Guillouard, n. 212.

[3] V. *supra*, n. 861.

[4] Guillouard, n. 212.

869. Tous les moyens peuvent être employés pour porter à la connaissance des tiers la révocation du mandat et les rendre ainsi de mauvaise foi [1].

Il va sans dire que la bonne foi des tiers n'est pas présumée ; c'est à eux qu'il appartient de la démontrer [2].

870. Les articles 2005 et 2009 s'appliquent en particulier au mandat tacite.

Ainsi le maître qui a l'habitude de prendre des fournitures à crédit, ne peut refuser de payer celles qui sont prises par son domestique sous le prétexte qu'il lui avait remis une somme suffisante pour payer les fournitures au comptant, s'il n'a pas donné au fournisseur connaissance de la révocation du mandat, conféré à son domestique, d'acheter à crédit [3].

871. Par application des articles 2005 et 2009, le mandant est responsable des actes passés par le mandataire dans les limites d'une procuration devenue sans objet si cette procuration a été laissée entre les mains du mandataire [4].

871 *bis*. Mais les articles 2005 et 2009 ne peuvent être invoqués que par les tiers ; ils ne peuvent être invoqués contre eux par le mandant [5].

871 *ter*. A l'hypothèse indiquée par la loi, il faut ajouter celle où le mandataire a ignoré la fin du mandat ; puisque les actes accomplis par le mandataire sont alors opposables au mandant, les tiers, même s'ils ont connu la fin du mandat, ont le droit de revendiquer contre le mandant les droits que ces actes leur attribuent ; réciproquement, le mandant peut, en vertu de ces actes, agir contre les tiers.

[1] Cass., 27 nov. 1861, S., 63. 1. 188, D,. 62. 1. 483. — Cass., 23 mai 1870, D., 72. 5. 310. — Cass., 23 juin 1872, D., 74. 1. 38. — Bordeaux, 2 juin 1869, S., 70. 2. 4, D., 70. 2. 220. — Laurent, XXVIII, n. 102 ; Guillouard, n. 220.

[2] Cass., 29 avril 1845, D., 45. 1. 222. — Laurent, XXVIII, n. 113 ; Guillouard, n. 212 *bis*. — *Contra* Pont, I, n. 1180.

[3] Trib. paix Marly, 11 oct. 1893, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 4.

[4] Cass. req., 29 déc. 1890, S., 94. 1. 342.

[5] Trib. civ. Lyon, 22 mars 1890, *Mon. jud. Lyon*, 16 mai 1890.

CHAPITRE XII

COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE MANDAT

SECTION PREMIÈRE

COMPÉTENCE *RATIONE MATERIÆ*

872. La compétence *ratione materiæ* en matière de mandat obéit au droit commun. Notamment, la compétence appartient en matière civile au juge de paix jusqu'à 600 francs, et au tribunal civil si l'instance a pour objet une valeur supérieure.

De même la compétence appartient au tribunal de commerce si le mandat est commercial de la part des deux parties ; s'il n'est commercial que de la part de l'une des parties, celle-ci ne peut actionner son cocontractant devant le tribunal de commerce, mais peut l'être, au choix de ce cocontractant, devant le tribunal de commerce ou les tribunaux du droit commun.

Ainsi l'action en payement des honoraires du mandataire doit être intentée devant le tribunal de commerce si le mandat est commercial des deux parts (1).

873. L'action personnelle des tiers contre le mandataire, à raison de quasi-délits commis dans sa gestion, peut être également intentée devant le tribunal de commerce, par application du principe admis par la jurisprudence en matière de délits commerciaux, si le mandat est commercial (2).

874. Le mandat donné pour des actes de commerce est commercial (3).

Ainsi le mandat donné à un agent de change ou un ban-

(1) Paris, 27 fév. 1893, *Droit*, 10 fév. 1894. — Trib. com. Havre, 16 fév. 1887, *Rec. Havre*, 87.159.

(2) Cass. req., 3 mai 1892, D., 94.2.202 (commis ou fondé de pouvoirs). — Denis, *Rapport*, sous Cass. req., 3 mai 1892, précité.

(3) Décidé cependant que le mandat de faire des règlements et d'obtenir des transactions est civil, alors même que les affaires auxquelles se refère le mandat sont commerciales. — Paris, 28 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 93.1. 2e p., 29.

quier en vue d'opérations de bourse est civil de la part du mandant si le mandant a entendu faire un placement de fonds (1) et commercial s'il a voulu spéculer (2).

Le mandat de faire tout ce qui est utile à une entreprise commerciale est également commercial (3). Il en est de même du mandat de réaliser une affaire commerciale (4) et de celui de représenter le commerçant dans une affaire commerciale (5).

875. Le mandat de plaider conféré à un avocat est toujours civil de sa part, alors même qu'il se rattache à une affaire commerciale, car l'avocat, en plaidant, ne fait pas acte de commerce (6). Mais de la part du client ce mandat est commercial si l'affaire est commerciale (7).

Le mandat conféré à l'agréé est de même civil ou commercial, suivant qu'on examine son caractère de la part de l'agréé ou de la part du client (8).

(1) Douai, 5 mai 1869, S., 70.2.49. — Grenoble, 7 nov. 1887, *Rec. Grenoble*, 88.18.

(2) Cass., 25 juill. 1864, S., 64.1.500. — Cass. req., 29 nov. 1899, D., 1900. 1.20. — Aix, 16 juil. 1861, S., 62.2.110. — Dijon, 23 déc. 1891, D., 92.2.72 (alors même que le contrat doit se résoudre par des différences). — Pic, *Ann. dr. com.*, VI, 1892, *Doctr.*, p. 217 (*Ibid.*). — *Contra* Paris, 25 mars 1887, *Gaz. Trib.*, 16 avril 1887. — Il en est ainsi surtout s'il a l'habitude de spéculer. — Cass. req., 4 juill. 1881, S., 82.1.15, — ou si le mandant est un établissement de crédit. — Cass. req., 4 juil. 1881, précité.

(3) Nancy, 25 fév. 1890, D., 90.2.347.

(4) Ainsi le mandat de procurer un associé pour un commerce. — Douai, 31 janv. 1876, S., 76. 2. 296. — Il en est autrement du mandat de former une société civile. — Paris, 15 fév. 1898, S., 1900. 2. 79.

(5) Lyon, 11 fév. 1904, *Gaz. Trib.*, 16 sept. 1904.

(6) Gand, 11 janv. 1896, S., 98.4.31.

(7) V. pour l'agréé, *infra*, même numéro.

(8) Le mandat à un agréé est toujours civil de la part de l'agréé, lequel doit, par conséquent, être assigné devant le tribunal civil. — Douai, 4 janv. 1882, S., 83.2.197, D., 83.2.136. — Bordeaux, 12 mars 1884, S., 84.2.177, D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Agréé*, n. 24. — Rouen, 7 mars 1896, S., 97.2.294. — Rouen, 12 août 1896, S., 97.2.48, D., 97.2.47. — Rouen, 27 fév. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901.1.58. — Paris, 31 juil. 1901, *Droit*, 28 sept. 1901. — Bordeaux, 24 nov. 1902, S., 1903.2.107, D., 1903. 2. 320. — Rennes, 25 juin 1903, *Loi*, 1er août 1903. — Trib. com. Lyon, 19 mars 1901, *Gaz. com. Lyon*, 25 avril 1901. — V. cep. Lyon-Caen et Renault. *Tr. de dr. comm.*, I, n. 140 ; Lyon-Caen. *Rev. crit.*, XIII, 1884, p. 329. — Le mandat à un agréé est commercial de la part du client si l'affaire est commerciale. — Cass. civ., 8 fév. 1869, S., 69.1.203, D., 69.1.174. — Rouen, 27 fév. 1878. S., 78.2.268, D., 78.2.153. — Dijon,

876. L'agent d'affaires est un commerçant. Cependant le mandat qui lui est conféré n'est commercial que s'il a pour objet une opération commerciale (1).

Le mandat de faire breveter une invention est civil (2).

Il en est de même du mandat d'acheter ou de souscrire des valeurs mobilières (3).

877. L'agent d'assurances n'est pas un commerçant. Le mandat qui lui est conféré par la compagnie d'assurances n'est donc pas commercial (4).

SECTION II

COMPÉTENCE *RATIONE PERSONÆ*

878. Ici encore il faut appliquer le droit commun. En principe donc l'affaire doit être portée devant le tribunal du domicile du défendeur.

Mais l'article 420 du Code de procédure, qui, en matière commerciale (5), permet au demandeur de porter, s'il le préfère, l'affaire devant le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée ou

11 déc. 1883, S., 84.2.177, D., 84.2.228. — Bordeaux, 15 fév. 1889, D., 90.2. 150. — Toulouse, 21 mai 1889, S., 89.2.167. — Bordeaux, 9 août 1888, D., 90.2. 150. — Rouen, 12 août 1896, précité. — Alger 21 mars 1899, *Journ. trib. alg.*, 28 mai 1899. — Rouen, 27 fév. 1901, précité. — Bordeaux, 24 nov. 1902, précité. — Trib. com. Bordeaux, 1er août 1901, *Mém. Bordeaux*, 1902. 1.281. — Par suite l'agréé peut, si son mandat est civil, à son choix poursuivre le client devant le tribunal civil ou le tribunal de commerce. Bordeaux, 15 fév. 1889, précité. — Toulouse, 21 mai 1889, précité. — Rouen, 27 fév. 1901, précité. — Bordeaux, 24 nov. 1902, précité. — Trib. com. Bordeaux, 1er août 1901, précité. — *Contra* sur les deux derniers points, Rouen, 20 juil. 1867, S., 67.2.311, D., 68.2.53. — Bordeaux, 12 mars 1884. S., 84.2. 177. — Rouen, 7 mars 1896, précité. — Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, I, n. 403.

(1) V. notre *Tr. du contr. de louage*, 3e éd., II, n. 4170 s.

(2) Paris, 27 déc. 1893, *Ann. dr. comm.*, 1894, p. 133.

(3) Bruxelles, 8 fév. 1896, *Pasicr.*, 96.2.409 (du moins si c'est dans un but de placement et non de spéculation). — V. *supra*, n. 874.

(4) Aix, 11 août 1886, *Bull. dAix*, 87. 108. — *Contra* Trib. comm. Bruxelles, 14 fév. 1877, *Pasicr.*, 77. 3. 225. *Anal. Journ. dr. int.*, IX, 1882, p. 437.

(5) Sur les hypothèses dans lesquelles le mandat est commercial, V. *supra*, n. 872 s.

encore devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué, s'applique au mandat [1].

879. Il a été décidé qu'à raison de la rétroactivité de la ratification, le tribunal compétent *ratione personæ* au sujet des actions intentées par le cocontractant du mandataire contre le mandant en vertu de l'article 420 du Code de procédure, est le tribunal du lieu où a été fait le contrat entre le mandataire et le tiers et non pas le tribunal du lieu où a été donnée la ratification [2].

Cette solution nous paraît inexacte : la rétroactivité de la ratification n'a qu'un but, c'est d'empêcher que les effets du contrat ne soient détruits par des actes ultérieurs. Étrangère aux autres questions, à la capacité notamment, comment influerait-elle sur la compétence ?

CHAPITRE XIII

DU MANDATAIRE PRÊTE-NOM

880. Le mandataire *prête-nom* est un mandataire déguisé sous les apparences d'un titulaire du droit qu'il revendique ou des obligations qu'il contracte pour le compte du mandant.

(1) Dijon, 11 déc. 1883, S., 84.2.177; D., 84.2.228. — Bordeaux, 15 fév. 1889, D., 90. 2. 150. — Orléans, 21 fév. 1889, D., 90. 2. 164. — Besançon, 15 fév. 1901, *Rec. Besançon*, 1901.71. — Trib. civ. Nantes, 14 janv. 1905, *Rec. Nantes*, 1905. 1.300. — Bonfils, *Rev. crit.*, XVII, 1888, p. 433. — V. cep. Besançon, 23 mai 1900, *Gaz. Pal.*, 1900.2.94.

(2) Cass. civ., 31 août 1852, S., 53.1.177, D., 52.1.225. — Cass. civ., 25 fév. 1879, S., 79. 1. 153, D., 79. 1. 102. — Cass. req., 21 fév. 1887, S., 87. 1. 119, D., 86.1.39. — Nîmes, 13 mai 1871, D., 72.2. 69. — Lyon, 14 mars 1872, D. 74. 2. 15. — Toulouse, 27 mars 1884, D., 85. 2. 52. — Montpellier, 4 mai 1889, *Ann. dr. com.*, III, 1889, *Jurispr.*, p. 226. — Trib. com. Nantes, 27 janvier 1887, *Rec. Nantes*, 87. 186. — Trib. civ. Marseille, 27 sept. 1892, *Rec. Marseille*, 93. 1. 7., — Trib. com. Nantes, 9 déc. 1903, *Rec. Nantes*, 1904.1.236. — Boncenne, *Pr. civ.*. VI, p. 166 ; Boitard. *Pr. civ.*, I, n. 648 ; Rivière, *Du commis-voyageur*, n. 186. — *Contra* Cass. req., 19 déc. 1821, S. chr., D. *Rép.*, v° *Compét. com.*. n. 447. — Bordeaux, 8 avril 1845. S., 48. 2. 361, D., 49. 2.36. — Montpellier, 21 mai 1847, D., 47. 2. 128. — Pardessus, *Dr. comm.*. V. n. 1354 : Carré *Lois de la proc.*, quest., 1507; Massé, *Dr. com.*, II, n. 97 ; Nouguier, *Trib. de comm.*, p. 365 ; Ripert, *Vente comm.*, p. 45.

Dans la réalité des choses et par rapport à celui dont il tient ses droits, le prête-nom est un véritable mandataire, tenu à ce titre des obligations qui résultent d'un mandat. Mais son titre ostensible, un acte de vente ou de cession par exemple, ou simplement les termes dans lesquels il contracte, le représentent comme agissant en son nom personnel.

Le prête-nom peut aussi être le préposé du propriétaire, son employé, son locateur d'ouvrage ; tel est, par exemple, le gérant d'une maison de commerce qui, vis-à-vis des tiers, passe pour propriétaire ([1]).

Les rapports du prête-nom ou du maître avec les tiers sont alors les mêmes que s'il s'agissait d'un véritable mandataire.

On appelle également prête-nom le tiers qui prête son nom au propriétaire d'un établissement industriel et qui est censé gérer cet établissement. Les conventions de ce genre sont destinées à tourner frauduleusement une prohibition légale ou conventionnelle ; ainsi le vendeur d'un fonds de commerce qui s'est engagé à ne plus exercer un commerce similaire, l'entreprend sous le nom d'autrui ; ou le propriétaire d'une pharmacie dépourvu du diplôme nécessaire gère cette pharmacie sous le nom d'un tiers qui possède le diplôme.

881. Le mandataire prête-nom peut être défini : un *mandataire dissimulé*. Son caractère est, en effet, d'agir par représentation d'un tiers qu'il ne fait pas connaître à son cocontractant.

Le prête-nom est donc le commissionnaire du droit civil ([2]), si du moins l'on admet que le commissionnaire véritable agit toujours en son propre nom. Il est vrai que, dans une opinion répandue, le commissionnaire mérite son nom de commissionnaire, alors même qu'il agit au nom du mandant, dès lors que le mandat est commercial ([3]).

Il existe, en tous cas, une différence importante entre le mandataire civil et le mandataire commercial : c'est que ce dernier est, jusqu'à preuve du contraire, censé avoir agi en

([1]) Cpr. Cass. civ., 18 oct. 1893, D., 94. 1. 171.
([2]) V. *infra*, n. 900 s.
([3]) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, III, n. 412 s.; Guillouard, n. 22.

son propre nom [1]. Tel est, en effet, l'usage en matière commerciale.

SECTION PREMIÈRE

VALIDITÉ ET CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA CONSTITUTION D'UN PRÊTE-NOM

882. La constitution d'un mandataire prête-nom est valable dans tous les cas où la constitution d'un mandataire ordinaire est elle-même valable, car la simulation n'est pas, dons notre droit, une cause de nullité [2].

On peut notamment constituer un prête-nom pour agir en justice [3], aussi bien qu'un mandataire ordinaire [4], malgré la règle *Nul ne plaide par procureur*, car le prête-nom, se donnant comme propriétaire ou créancier, plaide en réalité pour lui-même. On ne peut objecter que l'article 61, paragraphe 1er, du Code de procédure exige que l'assignation porte le nom du *demandeur* ; car ce texte ne dit pas que le demandeur soit nécessairement le véritable titulaire du droit. On invoque encore en sens contraire certains textes qui disent que le roi plaide par le procureur du roi, l'intendant, etc. ; ils ont simplement pour objet de désigner le mandataire du roi et de l'État.

(1) Cass. civ., 15 fév. 1893, S., 93. 1. 128, D., 93. 1. 378 (impl.). — Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, III, n. 475.

(2) V. les autorités citées dans les notes suivantes. — Cass. req., 12 nov. 1902, S., 1905. 1. 14.

(3) Cass., 7 avril 1813, S. chr. — Cass., 2 janv. 1828, S.. chr. — Cass., 6 avril 1831, S., 31. 1. 172, D., 31. 1. 137. — Cass., 27 avril 1831, S., 31. 1. 194. — Cass., 8 juil. 1856, S., 56. 1. 878, D., 56. 1. 278. — Cass., 22 fév. 1858, S., 58. 1. 444. — Cass., 28 juil. 1869, S., 69. 1. 427. — Cass., 26 août 1876, S., 77. 1. 152. — Cass. civ., 19 fév. 1884, S., 86. 1. 69. — Toulouse, 22 fév. 1828, S. chr. — Bordeaux, 21 fév. 1851, S., 51. 2. 245, D., 51. 2. 191. — Caen, 24 mars 1862, S., 63. 2. 44. — Paris, 9 mai 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 1. 877. — Paris, 21 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1 2e p., 68. — Trib. corr. Brest, 8 mai 1887, sous Rennes, 13 juil. 1887. S., 90. 2. 3. — Trib. civ. Seine, 10 juin 1891, *Loi*, 10 août 1891. — Laurent, XXVIII, n. 76; Guillouard, n. 20 (qui avait soutenu le contraire *Tr. de la vente*, II, n. 524 et 525); Naquet, *Rev. crit.*, IV, 1875, p. 649 s.; Planiol, *Note*, D., 90. 2. 185. — V. cep. Nimes, 23 déc. 1830, D.. 31. 2. 181.

(4) V. *supra*, n. 441.

De même, des poursuites extrajudiciaires peuvent être exercées par un prête-nom (1).

De même encore, à un moment quelconque de la procédure, le mandant peut se substituer au prête-nom (2).

Cela revient à dire que la maxime précitée a perdu toute valeur en matière de mandat (3).

La jurisprudence décide à la vérité qu'en vertu de la maxime *Nul ne plaide par procureur* le mandant doit figurer dans les actes de l'instance. Mais cette règle signifie simplement, dans sa pensée, que le mandataire agissant en justice *au nom du mandant* ou plus généralement au nom d'un tiers doit indiquer dans les actes de procédure le nom du mandant ou du tiers ; elle constitue donc une simple règle de forme et son étude sort de notre sujet.

Par exception la constitution d'un prête-nom est illicite dans les hypothèses même où celle d'un mandataire serait valable, si elle a pour but de faire croire aux tiers que le prête-nom est propriétaire, à l'effet de supprimer les exceptions qu'ils auraient pu opposer au mandant (4).

883. Il va sans dire d'autre part que le prête-nom ne fait pas plus que le mandataire un acte valable si le mandat qui lui est conféré a pour but une fraude à la loi (5).

Ainsi le notaire, auquel il est fait défense de recevoir des actes dans lesquels il est intéressé, ne peut s'y faire remplacer par un prête-nom (6).

(1) Cass., 28 juil. 1869, S., 69. 1. 427 (titulaire nominal d'une créance cédée à un tiers).— Cass. civ., 25 avril 1894, S., 95.1. 230 (pour la saisie immobilière).

(2) Montpellier, 3 mai 1851, D., 54. 5. 14. — Poitiers, 17 août 1854, D., 55. 5. 280. — Aix, 21 oct. 1885, *Rec. d'Aix*, 85. 260.— Paris, 21 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1, 2e p., 68. — Bruxelles, 13 déc. 1843, *Pas.*, 43. 2. 333. — Liège. 13 juin 1857, *Pas.*, 58. 2. 254. — Bruxelles, 9 fév. 1839, *Pas.*, 89. 2. 283. — C. sup. just. Luxembourg, 3 juil. 1891, D., 93. 2. 373. — Trib. civ. Liège, 28 juil. 1887, *Pas.*, 88. 3. 18.

(3) Naquet *loc. cit.*

(4) Douai, 11 déc. 1899, *Rec. Douai*, 1909. 129.

(5) Guillouard, n. 20.

(6) Cass., 14 juin 1853, S., 53. 1. 655.— Cass., 4 août 1864, S , 64. 1. 401. D., 64. 1. 437. — Amiens, 6 mars 1844, S., 47. 2. 371. — Angers, 13 mars 1847, S., 47. 2. 473, D., 47. 2. 80. — Orléans, 5 mai 1849, S., 49. 2. 453, D., 49. 2. 113. — Douai, 10 fév. 1851, S., 51. 2. 70, D., 61. 2. 61. — Poitiers, 31 déc. 1892, D., 92. 2. 287.

Une communauté religieuse non autorisée ne peut pas davantage contracter par l'intermédiaire d'un prête-nom [1].

De même encore, si un prête-nom a surenchéri pour le saisi, l'adjudication prononcée à son profit est nulle [2], car il est d'ordre public que le saisi ne reste pas propriétaire de l'immeuble et le prête-nom s'est prêté à une fraude à la loi.

On a même prétendu que l'adjudication est nulle si le prête-nom déguise un insolvable (C. pr., 711), par la raison que les tiers ont le droit de se prévaloir du mandat [3]. Cette opinion est profondément inexacte. On ne voit pas quel intérêt les tiers ont à invoquer la nullité de l'adjudication, alors qu'ils ont devant eux un prête-nom solvable, que par conséquent ils sont certains d'être payés et qu'ainsi le motif pour lequel l'adjudication au profit d'un insolvable est frappée de nullité fait défaut.

884. Le mandat est également nul, vis-à-vis des tiers, s'il est fait pour frauder les droits des tiers [4].

Il y a fraude aux droits des tiers :

Si une prétendue cession de créance a pour but d'empêcher que le débiteur n'oppose la compensation de sa dette avec une créance qui lui appartient sur le cédant [5] ;

Si un mari, marié sous le régime de la communauté, fait acheter un immeuble par un tiers pour éviter que cet immeuble ne tombe en communauté [6].

Il y a encore fraude à la loi si le mandat se dissimule sous une vente faite par un débiteur pour soustraire ses biens à ses créanciers [7].

885. Dans les cas où une personne accomplit par un prête-nom un acte qu'elle n'a pas le droit de faire elle-même, elle n'a pas d'action contre le prête-nom en vue de se faire remet-

(1) Cass., 5 juil. 1841, S., 41. 1. 650.

(2) Cass., 18 fév. 1816, S., 46. 1. 471.— Cass., 30 déc. 1850, S., 51. 1. 34.— Cass., 6 août 1885, S., 85. 1. 347. — Cass. req., 29 juil. 1890. S., 94. 1. 11. — Cass. req., 15 avril 1891, S., 95. 1. 11, D., 92. 1. 238. — *Contra* Carré et Chauveau, V, quest. 2395-6° ; Coste, *De la conv. de prête-nom*, n. 166 s.

(3) Balleydier, *Note*, S., 92. 1. 305.

(4) Guillouard, n. 20.

(5) Cass. req., 5 avril 1880, S., 81. 1. 31, D., 81. 1. 13.

(6) Cass. req., 26 juin 1883, S., 84. 1. 367, D., 84. 1. 229.

(7) Cass., 25 avril 1887, S., 87. 1. 149, D., 87. 1. 397.

tre les valeurs que le prête-nom a touchées en vertu du contrat [1], à supposer qu'on décide de même pour le mandat ordinaire [2] ; c'est l'application de la maxime *nemo auditur suam turpitudinem allegans*. On objecte à tort que le demandeur se fonde non pas sur la convention passée avec le prête-nom, mais sur le mandat conféré à ce dernier ; car ce mandat est illicite.

Au surplus, les conséquences du caractère illicite du mandat sont les mêmes, que le mandataire soit un mandataire ordinaire ou prête-nom [3].

Il en est ainsi notamment dans les rapports du mandant et du mandataire avec les tiers.

Ainsi lorsqu'une personne a acquis des biens comme prête-nom d'une communauté religieuse non autorisée, ni elle ni ses auteurs ne peuvent revendiquer les biens contre la communauté [4].

Mais, malgré le caractère illicite de sa constitution, le prête-nom est obligé envers les tiers, si les tiers ont ignoré son caractère de prête-nom [5] et si en outre l'acte est de ceux qu'il pouvait faire en son nom personnel, car il ne peut, pour se soustraire à son engagement, qu'invoquer sa qualité de mandataire, et, comme nous le dirons plus loin, le prête-nom est réputé vis-à-vis des tiers contracter en son nom personnel [6]. Il en est autrement si le contractant a connu le caractère illicite du mandat, car il se prévaudrait de sa propre fraude en agissant contre le prête-nom.

886. Nous parlons plus loin de la preuve de la simulation [7].

887. Le prête-nom étant réputé agir en son nom, la capacité du mandataire ne lui suffit pas ; il lui faut la capacité d'accomplir personnellement l'acte auquel il participe [8].

(1) *Contra* Paris, 23 fév. 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 1. 547.
(2) V. *supra*, n. 454.
(3) V. *supra*, n. 452 s.
(4) Cass., 5 juill. 1841, S., 41. 1. 650.
(5) Toulouse, 3 déc. 1889, D., 90. 2. 185.
(6) V. *infra*, n. 900 s.
(7) V. *infra*, n. 897 s.
(8) Riom, 13 fév. 1897, sous Cass., 9 janv. 1899, S., 99, 1. 309, D. 99. 1. 291.

SECTION II

PREUVE DE LA CONSTITUTION DU MANDATAIRE PRÊTE-NOM

888. La preuve du mandat doit, dans les rapports entre le mandant et le prête-nom, être faite conformément au droit commun.

Si donc l'acte que le prête-nom a reçu mandat de faire n'est pas relatif à une valeur dépassant 150 francs, la preuve du mandat peut être faite par témoins ou par présomptions. La preuve par commune renommée est seule interdite, parce qu'elle est exceptionnelle.

Ces moyens de preuve sont possibles, même si l'acte fait par le prête-nom est authentique, et sans que l'inscription de faux soit nécessaire, car l'inscription de faux n'est exigée que si l'on contredit les constatations faites par le notaire, et le notaire ne pouvait constater l'exactitude des déclarations faites par le prête-nom.

Toutefois la preuve par témoins n'est pas admise, conformément à l'article 1341, si elle va contre les énonciations d'un acte écrit passé entre les parties, par exemple si le mandataire a acquis, par un acte ostensible passé avec le mandant, la propriété de l'immeuble de ce dernier, qu'il est chargé de vendre. Il n'en est autrement qu'en cas de fraude (1).

889. Dans les rapports entre les parties et les tiers, il est rare que la preuve du mandat puisse être apportée; nous examinerons plus loin quels sont alors les modes de preuve admissibles (2).

il ne peut y avoir subrogation légale au tiers que paye le prête-nom si celui-ci ne se trouvait pas personnellement dans un cas où la subrogation lui est acquise). — T. P., *Note*, D., 99. 1. 297; Pont, I, n. 1079. — V. *infra*, n. 890.

(1) Cass. req., 12 nov. 1902, S., 1905. 1. 14.

(2) V. *infra*, n. 898.

SECTION III

RAPPORTS DU MANDATAIRE PRÊTE-NOM AVEC LE MANDANT

890. Dans ses rapports avec le mandant, le prête-nom ne se distingue pas du mandataire ordinaire [1]; car la dissimulation de sa qualité n'a lieu qu'à l'égard des tiers [2].

Donc les objets acquis appartiennent au mandant [3] et le prête-nom qui les détourne commet un abus de confiance [4].

Pour la même raison, le mandant peut, en prouvant sa propriété, les réclamer dans la faillite du prête-nom et contre les créanciers de ce dernier [5].

Toutefois ces divers points doivent être tranchés différemment si le prête-nom était personnellement incapable d'acquérir ces objets [6]; car l'acte par lequel il les a acquis est alors nul [7].

891. Cependant si une acquisition est faite par un prête-nom, il est dû, en dehors du droit de vente sur cette acquisition, un droit de vente sur la déclaration postérieure à l'acquisition et portant que cette dernière est faite pour le compte du mandant; car il est de principe que pour l'application du droit fiscal la propriété apparente équivaut à la propriété réelle [8].

De même les héritiers du prête-nom doivent acquitter les droits de mutation par décès sur les biens acquis par ce der-

(1) Cass. civ., 8 mai 1872, S., 73. 1. 366, D., 72. 1. 348. — Cass. req., 3 mai 1893, S., 97. 1. 487, D., 93. 1. 567. — Troplong, n. 43; Domenget, I, p. 30 s.; de Valimesnil, etc., *Consultation*, D., 48. 1. 100; Pont, I, n. 1079; Aubry et Rau, IV, p. 636, § 410; Laurent, XXVIII, n. 76; Guillouard, n. 204; Coste, *De la convention de prête-nom*, n. 4 et 5; T. P., *Note*, D., 99. 1. 297.

(2) Guillouard, n. 21.

(3) Cass. req., 20 janv. 1903, S., 1903. 1. 174.

(4) Cass. crim., 18 nov. 1882, S., 84. 1. 299, D., 83. 1. 230.

(5) Amsterdam, 30 mars 1888. *Journ. dr. intern.*, XV, 1888, p. 561. — *Contra*, Cass. Hollande, 17 mars 1882, *Weekbl. v. H. r.*, n. 4759.

(6) Riom 13 fév. 1897, sous Cass., 9 janv. 1899, S., 99. 1. 309, D., 99.1.297. — T. P., *Note*, D., 99. 1. 297.

(7) V. *supra*, n. 887.

(8) Cass. req., 22 fév., 1869, S., 69. 1. 184. — Demante, *Princ. de l'enreg.*, I, n. 215. 218, 220; Coste, *op. cit.*, n. 84 s.; Wahl, *Tr. de dr. fiscal*, I, n. 273.

nier en son nom, car la régie est un tiers et peut, comme tout tiers, se prévaloir des stipulations des actes dont elle a connaissance ([1]).

Mais, vis-à-vis de la régie comme vis-à-vis des autres tiers, les héritiers peuvent démontrer que les biens acquis au nom du prête-nom ne lui appartiennent pas ([2]).

892. Les rapports entre le mandat et le mandataire étant les mêmes que dans le mandat ordinaire, le mandataire qui a agi en son nom a un recours contre son mandant pour se faire rembourser les prestations qu'il a été obligé de fournir au tiers avec lequel il a contracté ([3]), ainsi que pour se faire payer son salaire ([4]).

De même les obligations du commissionnaire ou du prête-nom vis-à-vis du mandant sont celles de tout mandataire ([5]).

Il doit donc donner à sa mission le même soin qu'un mandataire ([6]).

Il doit rendre compte de son mandat au mandant et lui en transférer le bénéfice ([7]).

([1]) Cass., 11 avril 1877, S., 77. 1. 225. — Cass., 26 juill. 1880, S. 81. 1. 132. — Cass., 18 août 1884, S., 85. 1. 226. — Cass. req., 18 juill. 1892, S., 93.1.54.

([2]) Cass., 18 août 1884, précité (impl.; cet arrêt rejette la déclaration du défunt qu'il avait acquis pour le compte d'un tiers, parce que cette déclaration était unilatérale et n'était pas acceptée par le tiers). — Wahl, *Note*, S., 93. 1. 54. — *Contra* Cass. req., 18 juill. 1893, précité (arrêt sans autorité ; il parait croire que la jurisprudence est constante en ce sens).

([3]) Cass., 8 mai 1872, S., 73. 1. 366, D., 72. 1. 348. — Cass. req., 3 mai 1893, S., 97. 1. 487, D, 93. 1. 567. — Cass. req., 20 janv. 1903, S., 1903. 1. 174. — Cass. req., 10 mai 1905, D., 1905. 1. 428 (dédit payé au tiers pour rupture des engagements du mandant). — Paris, 3 déc. 1902. S., 1904. 2. 289, D., 1904. 2. 418. — Guillouard, n. 26, Wahl, *Note*, S., 1904. 2. 289.

([4]) Cass., 8 mai 1872, précité. — Guillouard, *loc. cit.*

([5]) R. Koch, *loc. cit.*

([6]) R. Koch, *loc. cit.*

([7]) Aubry et Rau, IV, p. 636, § 410 ; Laurent, XXVIII, n. 76 ; Coste, *op. cit.*, n. 4 et 5 ; Guillouard, n. 21.

SECTION IV

RAPPORTS DU MANDANT ET DU MANDATAIRE PRÊTE-NOM AVEC LES TIERS

§ I. *Rapports du mandant avec les tiers.*

I. *Actions du mandant contre les tiers.*

893. Les tiers ne sont pas liés envers le mandant par les actes du prête-nom, puisque le prête-nom s'est seul présenté à eux et qu'il a contracté avec eux en son nom personnel (1).

Le mandant qui a constitué un prête-nom ne peut donc agir contre le cocontractant de ce dernier pour réclamer l'exécution des obligations nées du contrat (2).

894.— Par application de ce principe, le client d'un agent de change ne peut agir directement contre l'agent de change qui a contracté avec ce dernier; ce sont les principes de la commission. Il n'a d'action que contre son propre agent (3).

Toutefois, d'après l'article 12 de la loi du 15 juin 1872, l'acquéreur d'un titre au porteur perdu ou volé a, dans le cas où la négociation a eu lieu malgré une opposition insérée au *Bulletin de la Chambre syndicale* ou signifiée à l'agent de change vendeur, un recours contre ce dernier.

Mais, hors ce cas, le recours, même en matière de titres perdus ou volés, n'existe pas (4).

(1) Cass. req., 4 nov. 1902, S.,1903. 1.173, D.,1903. 1. 44.— Guillouard, n.18 et 204 ; T. P. *Note*, D., 99. 1. 297.

(2) Toulouse, 7 juill. 1893, *Gaz. Trib. Midi*, 16 juil. 1893. — Trib. com. Termonde (Belgique), 25 nov. 1893, *Gaz. Pal.* 94. 1, *Suppl.*, 4 (le mandant ne peut réclamer les dommages-intérêts dus pour les avaries des marchandises confiées à un voiturier par son prête-nom). — *Contra* C. sup. just. Luxembourg, 3 juil. 1891, D., 93. 2. 373. — Liège, 24 mai 1888, *Pasicr.*, 89. 2. 25 (l'expéditeur peut agir directement contre le voiturier, alors même que l'expédition a été faite par un commissionnaire). — Vauthier, *Ann. dr. com.*, IV, 1890, *Doctr.*, p. 174. — Ces autorités paraissent assimiler ce cas à celui d'une substitution.

(3) Cass. civ., 14 juin 1892, S., 92.1.345, D., 93.1.500.

(4) Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Agents de change*, n. 318,319 et 321; Le Gost, *Et. théor. et prat. sur les titres au porteur*, n. 283 et 284; Buchère, *Tr. des opér. de bourse*, 3e éd., n. 909 s.; Crépon, *De la négoc. des effets publics*, n. 142 et 143; Wahl, *Tr. des titres au porteur*, II, n. 1052 s.

Il n'en est autrement que s'il y a mauvaise foi de l'agent vendeur (1).

895. Il est bien entendu que si les tiers contractent avec le mandant lui-même, assisté du prête-nom qui se présente comme son employé, le mandant peut agir contre les tiers (2).

Mais les tiers ne sont pas soumis à l'action du mandant, alors même qu'ils ont connu la qualité véritable du mandataire ; car il reste vrai qu'ils ont entendu contracter directement avec le mandataire (3).

896. Nous n'avons entendu parler que de l'action directe; comme le mandant a une action en reddition de compte contre le mandataire, il peut, en qualité de créancier de ce dernier, et dans les limites du reliquat du compte, obliger les tiers à lui livrer les sommes qu'ils détiennent pour le compte du mandataire.

D'autre part, le mandant peut se faire céder les droits du prête-nom contre le tiers.

II. *Actions des tiers contre le mandant.*

897. Le mandant n'est pas lié envers les tiers par les actes du prête-nom. Le tiers qui a contracté avec le prête-nom ne peut donc agir contre le mandant (4), ni lui opposer en compensation sa créance sur le prête-nom (5).

Cependant il en est autrement à partir du jour où le mandant a déclaré, sans protestation des tiers, que le mandataire agissait en son nom (6).

(1) Cass., 14 juin 1892, précité.

(2) Cass. civ., 18 oct. 1893, D., 94.1.171 (il s'agissait d'un prête-nom gérant d'une maison de commerce).

(3) Cass., 25 janv. 1864, S., 64.1.105, D., 64.1.282. — Aubry et Rau, IV, p. 636, § 410, note 12; Guillouard, n. 19. — V. cep. Cass. req., 4 nov. 1902, S., 1903.1.173, D., 1903.1.44 (impl.). — Pont, I, n. 1080.

(4) Cass. req., 3 mai 1887, S., 90.1.303 (agent de change). — Cass. civ., 15 fév. 1893, S., 93.1.128, D., 93.1.378. — Alger, 13 juin 1888, *Rev. algér.*, 89.318. — Trib. civ. Annecy, 30 déc. 1888, *Loi*, 6 mars 1889. — Trib. civ. Annecy, 18 juill. 1889, *Loi*, 1er sept. 1889. — Guillouard, n. 18 ; Aubry et Rau, IV, p. 636, § 410 ; Laurent, XXVII, n. 76; T. P., *Note*, D., 99.1.297. — V. cep. Trib. com. Lyon, 31 déc. 1901, *Gaz. com. Lyon*, 13 fév. 1902.

(5) Cass. req., 3 mai 1889, précité.

(6) Cass. Bruxelles, 22 janv. 1885, *Pasicr.*, 85.1.38 (souscription d'actions).

Enfin les tiers peuvent agir contre le mandant, si la simulation a eu pour but de déguiser une fraude à la loi [1], dans les conditions même où ils pourraient agir contre le mandant, si le mandant avait fait lui-même les actes qu'il a fait accomplir par le mandataire.

Ils le peuvent aussi si elle a eu pour but de déguiser une fraude à leurs propres droits.

898. Les tiers, en cas de fraude à la loi ou à leurs droits, peuvent prouver par tous moyens la simulation commise [2].

C'est le juge du fait qui apprécie souverainement s'il y a prête-nom [3].

899. En dehors de ces hypothèses, les tiers n'ont pas d'action contre le mandant [4], puisque c'est avec le mandataire seul qu'ils ont voulu contracter.

En raison de ce dernier motif, les tiers, alors même qu'ils ont connu la limitation des pouvoirs du prête-nom, ne peuvent se prévaloir vis-à-vis du mandant, d'un acte excédant ces pouvoirs [5].

Mais, en toute hypothèse, si le mandat est valable, les tiers peuvent agir contre le mandant, en vertu de l'article **1166** du Code civil, du chef du mandataire [6].

§ II. *Rapports du mandataire prête-nom avec les tiers.*

900. Dans ses rapports avec les tiers, le prête-nom est considéré comme ayant agi pour son propre compte, puisqu'il a agi en son nom personnel [7].

(1) Cass. req., 12 déc. 1882, D., 83.1.292. — Cass. req., 5 avril 1880, S., 81.1.31, D., 81.1.13. — Cass. req., 26 juin 1883, S., 84.1.367, D., 84.1.229. — Cass. civ., 25 avril 1887, S, 87.1.149, D., 87.1.397. — Agen, 20 juin 1860, D., 60.2.176. — Caen, 24 mars 1862, D, 63.2.182. — Sur ces hypothèses, v. *supra*, n. 883 s.

(2) Cass. civ., 25 avril 1887, S., 87.1.149, D., 87.1.397. — Aubry et Rau, VIII, p 350, § 765.

(3) Cass, 6 oct. 1833, S., 83.1.347. — Cass. req., 29 juill. 1890, S., 94.1.11.

(4) V. *supra*, n. 893 et 897.

(5) Guillouard, n. 18.

(6) Trib. civ. Annecy, 30 déc. 1888, *Loi*, 6 mars 1889.

(7) Troplong, n. 43; Demangeat, I, p. 30 s.; Pont, I, n. 1079; Guillouard, n. 204, — et les autorités citées aux notes qui suivent.

Il n'est pas nécessaire pour cela que l'acte, s'il s'agit d'une acquisition faite par le prête-nom, soit transcrit (1).

Ainsi le mandataire est tenu vis-à-vis du tiers de toutes les obligations d'un contractant (2). Cela résulte de ce qu'il s'est, en se présentant comme contractant en son nom personnel, personnellement obligé, et, en outre, de ce que, d'une manière générale, la simulation n'est pas opposable aux tiers (arg. art. 1321).

Par exemple, si l'acquisition est faite par un prête-nom, lui seul est tenu des obligations de l'acquéreur et du propriétaire (3).

Ainsi il doit payer le prix (4).

De même il est tenu de libérer les titres qu'il a achetés (5).

Il doit payer le montant des travaux faits par un tiers sur la chose acquise (6).

C'est contre lui que sont délivrés les bordereaux de collocation.

La solvabilité de l'adjudicataire, exigée en cas de saisie immobilière par l'article 711 du Code de procédure, ne s'apprécie qu'en la personne du prête-nom. Ainsi l'insolvabilité du prête-nom rend passible de dommages-intérêts l'avoué

(1) V. cep. Cass. req., 11 mars 1890, S., 90. 1. 208, D., 93. 1. 369 (motifs).

(2) Cass., 16 déc. 1840, S., 41. 1. 167. — Cass., 8 juill. 1856, S., 56. 1. 878 — Cass., 22 fév. 1858, S., 58. 1. 444.— Cass., 28 juill. 1869, S., 69. 1. 427.— Cass. civ., 8 mai 1872, S., 73. 1. 366, D., 72, 1. 438. — Cass. civ., 12 janv. 1891, S., 92. 1. 305 (il doit payer le prix d'adjudication). — Cass. req., 3 mai 1893, S., 97. 1. 487, D., 93. 1. 567. — Caen, 24 mai 1862, D., 63. 2. 182. — Toulouse, 18 janv. 1887, D., 87. 2. 131. — Besançon, 8 fév. 1899, *Loi*, 24 fév. 1899. — Bordeaux, 14 mars 1899, *Gaz. Trib.*, 8 juin 1899. — Paris, 3 déc. 1902, S., 1904. 2. 289, D. 1904. 2. 418. — Trib. civ. Annecy, 30 déc. 1888, *Loi*, 6 mars 1889. — Trib. civ. Seine, 10 juin 1891, *Loi*, 10 août 1891. — Duranton, XVII, n. 198 et 199 ; Troplong, n. 43 , Demolombe, XXIX. n. 312 s ; Domenget, I, n. 40 et 41 ; Pont, I, n. 1079 ; Aubry et Rau, IV, p. 410, § 636 ; Laurent, XXVIII, n. 76 ; Massé, *Note*, S., 64. 1.105 ; Coste, *De la conv. de prête-nom*, n. 29 s.; Fourcade, *Et. sur la simulation*, n. 37 s.; Guillouard, n. 18 et 204. — T. P., *Note*, D., 93. 1. 297 ; Wahl, *Note*, S., 1904. 2. 289. — V. cep. Laurent, XIX. n. 499.

(3) Haute-Cour just. Angleterre, 15 janv. 1876, *Journ. dr. int.*, III, 1876, p. 37.

(4) Cass. req., 3 mai 1887, S., 90. 1. 303 agent de change. — Cass. req., 3 mai 1893, précité.

(5) Toulouse, 18 janv. 1887, D., 87. 2. 131.

(6) Cass. req , 11 mars 1890, S., 90. 1. 208, D., 93. 1. 369.

au profit duquel a été prononcée l'adjudication, quoique le mandant qui se cache derrière le prête-nom soit solvable (1).

901. Le prête-nom qui a souscrit un billet est également forcé d'en acquitter le montant (2).

902. Il n'existe aucun moyen pour le prête-nom de se dégager vis-à-vis des tiers ; il ne lui suffirait ni de démontrer l'existence du mandat (3), ni même d'obtenir que le mandant s'engage à acquitter les obligations assumées par le prête-nom (4) : l'article 1165, par la généralité de ses termes, s'y oppose, et c'est, en outre, un principe absolu que le créancier ne peut être obligé d'accepter la substitution d'un tiers au débiteur.

Enfin, comme nous le verrons, le prête-nom est engagé même s'il prouve que son cocontractant a connu sa qualité de mandataire (5).

Toutefois le prête-nom est dégagé s'il prouve que la simulation avait pour but de couvrir une fraude à la loi (6).

903. Malgré le principe « nul ne plaide par procureur », ou plutôt par une saine application de ce principe, les actions en justice, au cas où le mandataire est un prête-nom, doivent être dirigées contre lui et peuvent l'être par lui (7).

Le prête-nom peut notamment revendiquer l'immeuble qu'il a acheté en son nom (8). Réciproquement c'est contre lui que sont dirigées les actions en garantie (9).

(1) Cass. civ., 12 janv. 1891, S., 92. 1. 305, D., 91. 1. 205. — Cpr. *supra*, n. 883.

(2) C. sup. Connecticut, *Journ. dr. int.*, III, 1876, p. 201.

(3) Bordeaux, 19 juin 1844, S., 45. 2. 20, D. *Rép.*, v° *Commissionnaire*, n. 44. — V. cep. Trib. com. Lyon, 31 déc. 1901, *Gaz. com.* Lyon, 13 fév. 1902.

(4) Bordeaux, 26 juil. 1843, S., 44. 2. 193, D. *Rép.*, v° *Commissionnaire*, n. 44.

(5) V. *infra*, n. 905.

(6) Cass. civ., 25 avril 1887, S., 87. 1. 149, D., 87. 1. 39 7.

(7) Cass., 6 juill. 1842, S., 42. 1. 823.— Cass. req., 26 avril 1876, D. 76. 1. 492. — Trib. civ. Brest, sous Rennes, 13 juill. 1887, S., 90. 2. 3. — Cour sup. just. Luxembourg, 3 juill. 1891, D., 93. 2. 372. — Trib. com. Termonde (Belgique), 25 nov. 1893, *Gaz. Pal.*, 94. 1, *Suppl.*, 4 (le prête-nom qui a fait une expédition peut réclamer les dommages-intérêts en cas d'avarie). — Guillouard, n. 18 et 204. — V. *supra*, n. 882.

(8) Chauveau sur Carré, *Lois de la proc.*, IV, quest. 1681 *quater*; Naquet, *Rev. crit.*, 1875, p. 656 ; Garsonnet, *Tr. de proc.*, II, p. 480 ; Aubry et Rau, VIII, p. 134, § 748.

(9) Paris, 12 déc. 1857, D. *Rép.*, v° *Vices rédhibit.*, n. 46, 123 et 181.

904. La compensation est admise entre les créances et les dettes du prête-nom vis-à-vis du tiers avec lequel il a contracté soit à la requête du prête-nom, soit à la requête du tiers [1]; c'est encore la conséquence de ce que le prête-nom est censé agir en son nom.

905. Si même les tiers ont su que le prête-nom était un mandataire, ils ont le droit d'exiger de lui l'accomplissement des obligations qu'il a contractées [2].

De même le mandataire peut agir contre les tiers alors même qu'ils ont connu sa qualité.

SECTION V

FIN DU MANDAT CONSTITUÉ SOUS FORME DE PRÊTE-NOM

906. Le mandat du prête-nom cesse par les mêmes causes que le mandat ordinaire.

Il cesse donc par la mort du mandant [3]. Et les tiers qui contractent avec le prête-nom après qu'ils ont eu connaissance de la mort du mandant ne peuvent se prévaloir de leurs actes vis-à-vis des héritiers du mandant [4]

S'ils n'ont pas connu le décès, le mandat ne cesse pas à leur égard [5].

[1] Domenget, II, p. 64. — V. cep. Trib. Viborg (Danemark), 20 nov. 1882, *Journ. dr. int.*, XII, 1885, p. 197.

[2] Cass., 29 mars 1830, S. chr. — Cass. req., 25 janv. 1864, S., 64. 1. 105, D., 64. 1. 282. — Aubry et Rau, IV, p. 636, § 410, note 10; Massé, *Note*, S., 64, 1. 105; Massé et Vergé, V, § 750, note 3; Domenget, I, n. 39; Coste, *op. cit.*, n. 42; Troplong, n. 738; Guillouard, n. 18 et 19; Planiol, *Note*, D., 90.2. 185. — *Contra* Cass. civ., 9 fév. 1848, S. 48. 1. 481, D., 48. 1. 97. — Cass. req., 11 mars 1890 (motifs), S., 90. 1. 208, D., 93. 1. 369. — Toulouse, 1er mai 1901, D., 1903. 5. 465. — Fourcade, *Etude sur la simulation*, n. 84. — En tout cas il en est ainsi en cas d'adjudication sur saisie, car l'adjudicataire est obligé envers tous les créanciers, dont les uns peuvent connaître et les autres ignorer sa qualité; or la qualité d'adjudicataire est indivisible.

[3] Guillouard, n. 18 et 235. — *Contra* Cass., 25 janv. 1864, S., 64. 1. 105, D., 64. 1. 282. — Troplong, n. 43 et 738.

[4] Cass., 9 fév. 1848, S., 48. 1. 481, D., 48. 1. 97. — Aubry et Rau, IV, p. 635, § 410, note 11; Guillouard, n. 18. — *Contra* Cass., 25 janv. 1864, précité. — Troplong, n. 43 et 738.

[5] Guillouard, n. 235.

SECTION VI

COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE MANDAT CONTRACTÉ SOUS FORME DE PRÊTE-NOM

907. Il y a lieu de considérer la personne du prête-nom pour déterminer la compétence au sujet des actions intentées soit par le prête-nom contre les tiers, soit par les tiers contre le prête-nom (1).

SECTION VII

DU PRÊTE-NOM EN DROIT INTERNATIONAL

908. La loi qui régit les conditions et les effets du contrat dans les rapports du mandant et du mandataire avec les tiers est celle du lieu où a contracté le prête-nom (2); cela est exact même dans l'opinion d'après laquelle le contrat passé par un mandataire est régi, en principe, par la loi du lieu où se trouve le mandant ; car le tiers n'a pas connu le mandant et a cru que le prête-nom contractait en son nom personnel ; d'autre part, le mandant a donné mission au mandataire de contracter en son nom personnel.

Comme le mandataire prête-nom s'identifie avec le mandataire ordinaire dans ses rapports avec le mandant, la loi qui régit ces rapports est la même qu'en matière de mandat ordinaire (3).

(1) Alexandrie (Égypte), 22 mars 1893, *Journ. dr. int.*, XX, 1893, p. 951.

(2) De Bar, *Th. und Praxis des intern. Privatrechts*, II, p. 67, n. 267 ; Fœlix, *Dr. int. privé*, I, n. 105 ; Locré, *Dr. int. privé*, n. 249 ; Pardessus, *Cours de dr. comm*, 3e éd., 1826, n. 1354.

(3) V. *supra*, n. 697 s., 770 s.

DU CAUTIONNEMENT

909. Le cautionnement est un contrat par lequel une tierce personne garantit l'exécution d'une obligation, en s'engageant à payer si le débiteur ne le fait pas, et sauf son recours contre celui-ci. C'est à peu près ce que dit l'article 2011 : « *Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers* « *le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur* « *n'y satisfait pas lui-même.* »

Le cautionnement fournit donc au créancier une sûreté *personnelle :* c'est une personne qui répond pour une autre, l'engagement du débiteur se trouve doublé de celui de la caution. Le créancier a désormais deux débiteurs au lieu d'un, et il faudra que l'un et l'autre deviennent insolvables pour qu'il perde le montant de sa créance.

On oppose aux sûretés *personnelles* les sûretés *réelles,* qui consistent dans l'affectation spéciale d'une chose au créancier, comme le gage, l'hypothèque. Grande est la différence entre les unes et les autres. Celui qui fournit une sûreté réelle pour la dette d'autrui, par exemple une hypothèque, n'affecte que le bien qui fait l'objet de la sûreté ; il ne contracte aucun engagement personnel : c'est le bien qui répond et non celui qui l'a engagé ; d'où le nom de sûreté *réelle.* De sorte que celui qui a fourni une garantie de cette nature est quitte envers le créancier en lui abandonnant son gage, et il cesse aussi d'être tenu envers lui, si, par une cause quelconque, il perd la possession du bien affecté ; car il n'est tenu que *propter rem.*

Au contraire, celui qui fournit une sûreté personnelle s'oblige personnellement, et par conséquent sur tous ses biens (art. 2092). Après sa mort, son engagement passe à ses héritiers [1].

[1] V. *infra*, n. 1170 s.

Le mot *cautionnement* est dérivé du mot latin *cautio* (de *cavere*, *cautum*, garantir), qui désignait d'une manière générale dans le droit romain toutes les garanties, de quelque nature qu'elles fussent, destinées à assurer l'exécution d'une obligation. Le langage vulgaire et la loi affectent à la désignation d'une certaine garantie, personnelle de son essence, une expression que les Romains employaient pour désigner toutes les garanties en général. Cependant, on désigne encore aujourd'hui sous le nom de *cautionnement* une garantie qui n'a rien de commun avec celle que définit l'article 2011. Il s'agit du *cautionnement* auquel sont soumis certains fonctionnaires publics, employés, fournisseurs, entrepreneurs, en vue de la réparation du préjudice résultant des fautes qu'ils pourraient commettre dans l'accomplissement de leurs obligations. Ce cautionnement consiste ordinairement dans le dépôt d'une somme d'argent; c'est un gage, c'est-à-dire une garantie réelle (1).

910. Au début du droit romain, la caution ne se distinguait pas du débiteur solidaire : on ne pouvait s'engager pour un autre que par une forme unique, la *sponsio* (2).

Le cautionnement se dégagea peu à peu et l'on reconnut trois espèces de cautionnements : la *sponsio*, la *fidepromissio* et la *fidejussio*.

Les deux premières avaient ce caractère commun que si elles constituaient des cautionnements par leur but, leur forme en faisait des obligations principales. Aussi leur validité était-elle indépendante de celle des obligations principales.

Le droit prétorien créa une nouvelle forme d'engagement pour autrui, le *constitutum debiti alieni* ou pacte de constitut, qui était l'obligation de payer la dette d'autrui.

Le pacte de constitut était un cautionnement s'il s'attachait à une dette déjà existante avec l'intention de la garantir (3).

(1) Pont, *Tr. des petits contr.*, II, n. 3; Guillouard, *Tr. du caut.*, n. 36.

(2) Hauriou, *Origine de la corréalité*, *Nouv. rev. hist. de dr.*, 1882, p. 223 s.; Gérardin, *Et. sur la solidarité*, *Nouv. rev. hist. du dr.*, 1884, p. 239 s.; Marcel Fournier, *Le caution solidaire. Rev. crit.*, XV, 1886, p. 697, n. 5.

(3) Bodin, *Des effets du pacte de constitut. Rev. crit.*, XII, 1866, p. 211. Sa supériorité était notamment qu'il pouvait être contracté contre absents. L. 14, § 3, D., *De const. pec.*

911. Dans le très ancien droit français on rencontre, comme dans le droit romain primitif, une confusion entre le cautionnement et l'obligation solidaire. Mais il s'en dégagea rapidement [1].

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRES DU CAUTIONNEMENT. — ACTES QUI SONT DES CAUTIONNEMENTS ET DIVERSES SORTES DE CAUTIONNEMENTS.

SECTION PREMIÈRE

CARACTÈRES DU CAUTIONNEMENT

912. 1° Le cautionnement est un contrat consensuel, il n'est donc soumis à aucune forme; cependant nous verrons plus loin qu'il doit être exprès [2].

913. 2° C'est, en outre, un contrat unilatéral, puisque le créancier, vis-à-vis duquel la caution s'oblige, ne s'oblige pas envers cette dernière [3]; il n'est tenu que d'obligations négatives et qui ne prennent naissance, d'ailleurs, que postérieurement au contrat [4]. Le caractère unilatéral du contrat produit des conséquences importantes au point de vue de la forme et de la preuve [5].

Mais le cautionnement n'est pas un *acte* unilatéral; comme il constitue un contrat, il ne se forme pas par la simple offre de la caution ; cette offre peut être rétractée tant que le créancier ne l'a pas acceptée [6].

914. 3° Le cautionnement est un contrat accessoire. Son but est de procurer une garantie à un créancier; il suppose donc nécessairement une obligation préexistante, à laquelle

(1) M. Fournier, *op. cit.*, p. 700, n. 8.
(2) V. *infra*, n. 926 s.
(3) Troplong, *Tr. du caut.*, n. 18 s. ; Laurent, XXVIII, n. 126 ; Guillouard, n. 7 ; Planiol, II, n. 2324. — V. *infra*, n. 931.
(4) V. *infra*, n. 1013 s.
(5) V. *infra*, n. 926 s.
(6) V. *infra*, n. 928.

il se rattache par le lien qui unit l'accessoire au principal. Ce caractère produit, lui aussi, d'importantes conséquences [1].

915. 4° Enfin le cautionnement est en général un contrat de bienfaisance, non pas ordinairement par rapport au créancier, qui ne fait que s'assurer le paiement de ce qui lui est dû, mais par rapport au débiteur, qui en retire un avantage purement gratuit : il obtient en effet, grâce à l'intervention généreuse et désintéressée de la caution, un crédit qui lui serait refusé sans cela [2].

Pothier remarquait déjà que « le cautionnement renferme un bienfait à l'égard du débiteur pour qui la caution s'oblige », mais non pas à l'égard du créancier [3].

Nous montrerons cependant que le cautionnement peut être un contrat de bienfaisance par rapport au créancier [4], qu'il peut être, d'autre part, à titre onéreux [5].

Nous examinerons plus loin s'il donne lieu au rapport et à la réduction [6].

SECTION II

ACTES QUI CONSTITUENT DES CAUTIONNEMENTS. — DIVERSES ESPÈCES DE CAUTIONNEMENTS

916. Le cautionnement se distingue par son caractère accessoire de divers autres engagements.

Ainsi la promesse directe de payer la dette d'autrui (le *constitutum debiti alieni* du droit romain) n'est pas un véritable cautionnement [7] ; c'est un engagement principal, qui ne laisse pas au promettant les bénéfices de division ou de discussion [8]. Il va sans dire toutefois que, comme la caution.

(1) V. *infra*, n. 943 s.

(2) Guillouard, n. 2. — Ailleurs (n. 19) cet auteur dit que si le cautionnement intervient postérieurement à l'obligation principale, il est un contrat de bienfaisance vis-à-vis du créancier.

(3) *Tr. des oblig.*, n. 365.

(4) V. *infra*, n. 1007 s.

(5) V. *infra*, n. 1006, 1071.

(6) V. *infra*, n. 1007 s., 1074 s.

(7) Eck, Holtzendorff's *Rechtslexicon*, v° *Buergschaft*.

(8) Pont, II, n. 13 s. ; Laurent, XXVIII, n. 119 s. ; Guillouard, n. 31.

il a un recours contre le débiteur principal [1]. Mais il ne peut user du bénéfice de l'article 2037 [2].

Le tiers auquel un banquier livre des fonds à la demande d'une autre personne est, suivant la volonté des parties, un délégué principal avec cautionnement du donneur d'ordre, ou un mandataire de ce dernier chargé de lui remettre les fonds. Dans le premier cas le donneur d'ordre jouit du bénéfice de discussion vis-à-vis du banquier, il n'en jouit pas dans le second [3].

Le commissionnaire qui se constitue *ducroire* et garantit ainsi la solvabilité du client n'est pas une caution, mais un assureur, c'est-à-dire un débiteur principal [4].

Mais le contrat de réassurance est un cautionnement avec mandat d'administrer [5].

917. La caution doit être également distinguée du porte-fort (C. civ., 1120), lequel s'engage non pas à exécuter l'obligation, mais à faire assumer l'engagement par un tiers, de sorte que, cet engagement une fois pris, le porte-fort n'est pas responsable de la solvabilité du tiers, mais qu'au contraire, si l'engagement n'est pas pris, le porte-fort en est tenu d'une manière principale [6].

918. Le cautionnement doit être distingué encore de l'engagement solidaire, par lequel deux ou plusieurs personnes s'engagent toutes d'une manière principale pour la même dette.

[1] Guillouard, n. 31.

[2] Guillouard, n. 31.

[3] Troplong, *Tr. du mandat*, n. 52 ; Guillouard, *Tr. du mandat*, n. 32.

[4] V. *infra*, n. 1006 et 1190. — Il en est de même du remisier qui se constitue *ducroire*. — Lyon, 17 juill. 1890, *Ann. dr. com.*, IV, 1890, *jurispr.*, p. 210 (donc il ne peut opposer au créancier la transaction conclue avec le débiteur).

[5] Cass. req., 13 juin 1893, S., 94. 1. 266 (motifs). — D'autres fois, on dit que si la réassurance comprend tout le portefeuille d'une compagnie, elle tient de l'assurance, de la société et du mandat. Cass., 25 fév. 1874, S., 74. 1. 196. — ou que, dans le même cas, c'est une association en participation. Paris, 13 déc. 1890, sous Cass. civ. 20 déc. 1893, S., 94. 1. 329. — Si une partie du risque est prise à la charge de la compagnie réassureur, ce n'est pas une association en participation. Cass. civ., 20 déc. 1893, précité.

[6] Ponsot, *Tr. du caut.*, n. 14 s. ; Troplong, n. 29 s. ; Pont, n. 12 ; Aubry et Rau, IV, p. 674, § 423, note 6 ; Laurent, XXVIII, n. 118 ; Guillouard, n. 30.

En fait, l'endossement d'un billet à ordre peut constituer de la part de l'endosseur soit une obligation solidaire avec le souscripteur (1), soit un cautionnement (2).

919. La caution s'engage souvent solidairement avec le débiteur. C'est même, dans la pratique, la principale forme du cautionnement (3).

La caution solidaire est une caution (4). En effet, l'idée de cautionnement appelle nécessairement l'idée d'un engagement accessoire, et l'opinion contraire a le grave tort d'assimiler la caution solidaire, malgré les termes de son engagement, à un codébiteur solidaire. Il est vrai que la caution solidaire est privée des bénéfices de discussion et de division ; mais, loin de considérer ces caractères comme exclusifs d'un engagement accessoire, on doit penser que la loi, en les indiquant, a voulu, au contraire, implicitement déclarer qu'à tous les autres points de vue la caution solidaire est une caution. Du reste, c'est pour des motifs particuliers parfaitement compatibles avec son caractère de caution, que la caution solidaire est privée des bénéfices de discussion et de division.

Objecter, comme on le fait, l'article 1216, c'est commettre une pétition de principe, car rien ne prouve que ce texte soit applicable à la caution solidaire, et, au contraire, il est placé sous la rubrique *des obligations solidaires*.

On objecte encore que, d'après l'article 2021, « au cas où la caution est obligée solidairement avec le débiteur, l'effet de

(1) Cass. civ., 28 nov. 1892, D., 93. 1. 117.

(2) L'endossement est un cautionnement si l'endosseur n'est débiteur ou créancier d'aucune des parties et n'a jamais été bénéficiaire réel de l'effet. Douai, 10 mars 1894, D., 95. 2. 94.

(3) Fournier, *Le cautionn. solidaire*, *Rev. crit.*, XV, 1886, p. 696, n. 2.

(4) Cass., 10 mars 1843, S., 43. 1. 455. — Cass., 18 juill. 1866, S., 66. 1. 429, D., 66. 1. 326. — Riom, 1er juill. 1897, S., 98. 2. 143. — Ponsot, n. 368; Troplong, n. 522 et 523; Pont, II, n. 13 ; Aubry et Rau, IV, p. 674, § 323, note 7 ; Aubry, *Note*, D., 82. 1. 441 ; Laurent, XXVIII, n. 294 ; Colmet de Santerre, VIII, p. 305 ; Bastiné, *Tr. d'enreg.*, I, n. 498 : Fournier, *op. cit.*, p. 714 s., n. 26 et 27 ; Thaller, *Rev. crit.*, XII, 1883, p. 367 ; Guillouard, n. 24 et 125. — *Contra* Cass. req., 7 juin 1882. S., 82. 1. 321, D., 82, 1. 441. — Colmar, 16 juin 1821, S. chr., D. *Rep.*, v° *Caut.*, n. 330. — Duranton, XVIII, n 332 ; Massé et Vergé, V, p. 70; Championnière et Rigaud, *Tr. d'enreg.*, I, n. 1364 ; Lepelletier, *Rapport*, sous Cass., 7 juin 1882, S., 82. 1. 321, D., 82. 1. 441.

son cautionnement se règle d'après les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. » Mais l'article 2021 est placé dans une section qui s'occupe exclusivement des bénéfices de discussion et de division ; aussi doit-on admettre qu'il renvoie à l'article 1203, d'après lequel le débiteur solidaire ne peut forcer le créancier à diviser la dette.

On paraît avoir considéré cependant comme évident, dans l'ancien droit, que, dans ses rapports avec le créancier, la caution solidaire était assimilée au débiteur principal (1).

Il suit du caractère du cautionnement solidaire que ce cautionnement est passible du droit de 50 centimes p. 100 édicté pour les cautionnements (L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2, n. 8) (2), quoiqu'aucun droit, en dehors de celui dû sur l'engagement principal, ne soit dû sur les obligations solidaires.

920. On peut citer parmi les cautions solidaires :

Les associés tenus accessoirement des engagements de la société (3) ;

Les donneurs d'aval dans un effet de commerce (4).

La caution qui a renoncé aux bénéfices de discussion et de division n'est pas une caution solidaire (5).

921. Celui qui donne le conseil d'avancer des fonds ou de faire des fournitures n'est pas une caution (6). C'est ce que disaient les travaux préparatoires (7). Il est d'ailleurs certain que le donneur de conseil n'a pas entendu se porter garant, envers celui à qui il donne le conseil de contracter avec un tiers, de la solvabilité de ce dernier.

(1) Chorier (*La jurisprud. de Guy Pape*, 2me édit., 1769, art. VIII, p. 251 quest. 570) définit la caution solidaire celle qui « de la dette a fait sa propre dette comme principal débiteur. » Plus loin, comme nous le verrons, il décide qu'elle ne peut se voir opposer le jugement rendu contre le débiteur parce qu'elle est solidaire.

(2) Bastiné, *loc. cit.* ; Wahl, *Traité de dr. fiscal*, I, n. 482. — *Contra* Championnière et Rigaud, *loc. cit.*

(3) Thaller, *Rev. crit.*, XII, 1883. p. 365.

(4) Cass. req., 7 juin 1882. S., 82. 1. 321, D., 82. 1. 441. — Thaller, *loc. cit.*

(5) Dupérier, liv. III, quest. 7 ; Chorier, *op. cit.*, liv. IV, sect, 7, art. X, p. 255, quest. 416.

(6) Trib. civ. Lyon, 30 nov. 1899, *Mon. jud. Lyon*, 8 janv. 1900 (même si les fournitures doivent être livrées chez lui). — Pont. II, n. 93 s. ; Aubry et Rau, IV, p. 676, § 424, note 2 ; Laurent, XXVIII, n. 154 s. ; Guilbouard, n. 29.

(7) Rapport de Chabot au Tribunat, Fenet, XV, p. 50.

Les tribunaux ont à examiner en fait si le donneur de conseil a voulu s'engager comme caution (1) ; en cas de doute, ils doivent admettre la négative, puisque le cautionnement ne se présume pas (2).

Cependant, si le donneur de conseil ajoute que le prêteur peut être sans inquiétude sur le placement qu'il se propose de faire et qu'au besoin le donneur de conseil lui-même remboursera les fonds avancés, il y a cautionnement (3)

Celui qui négocie un emprunt n'est pas davantage réputé s'être engagé comme caution (4).

922. C'est aux juges du fait qu'il appartient de décider souverainement si la volonté de l'obligé a été de s'engager comme caution ou à tout autre titre (5) ; mais ils ne peuvent dénaturer la volonté certaine des parties (6) et, d'autre part, ils doivent, conformément à l'article 2015, s'ils éprouvent un doute, le trancher contre l'idée de cautionnement (7).

Nous indiquerons, à propos de la forme du contrat, diverses hypothèses où il y a doute sur l'existence d'un cautionnement (8).

Nous montrerons également que la promesse de cautionnement produit les effets d'un cautionnement (9).

923. Le cautionnement peut être civil ou commercial ; la distinction est importante au point de vue de la preuve (10) et de la compétence (11).

(1) Nancy, 9 avril 1870, D., 72. 2. 193. — Toulouse, 1er fév. 1889, D., 90.2.53. — Guillouard, *loc. cit.*

(2) Guillouard, *loc. cit.*

(3) Chambéry, 2 déc. 1878, S., 79.2.53, D., 79.2.53, D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Caut.*, n. 35. — Toulouse, 1er fév. 1889, D., 90. 2. 53 (notaire).

(4) Douai, 8 mars 1899, *Rec. Douai*, 1900 24.

(5) Cass., 23 mai 1833, S., 33. 1. 574. — Cass., 17 janv. 1849, S., 49. 1. 228, D., 49. 1. 49. — Cass., 16 mars 1852, S., 52. 1. 636, D., 52. 1. 102. — Cass., 8 nov. 1853, S., 54. 1. 769, D., 54. 1. 336. — Cass., 4 déc. 1855, S., 57. 1. 204, D., 56.1.58. — Cass., 5 mai 1868, S., 68. 1. 251, D., 69. 1. 285. — Cass., 23 nov. 1875, D., 76.1.452. — Cass., 9 mai 1877, S., 78. 1. 110, D., 78. 1. 30. — Cass. civ., 28 nov. 1892, D., 93. 1. 117. — Guillouard, n. 37 et 66.

(6) Cass., 3 fév. 1886, S., 86. 1. 464, D., 86. 1. 469. — Guillouard, n. 37.

(7) Cass., 27 nov. 1872, S., 72. 1. 407, D., 73. 1. 231. — Guillouard, n. 37 et 66.

(8) V. *infra*, n. 929.

(9) V. *infra*, n. 927.

(10) V. *infra*, n. 933.

(11) V. *infra*, n. 1195 s.

Nous déterminerons plus loin dans quelles hypothèses le cautionnement est commercial [1].

924. A un autre point de vue, le cautionnement est légal, judiciaire ou conventionnel.

a. Le cautionnement *légal* est celui qui est fourni en exécution d'une disposition impérative de la loi.

Telles sont les cautions fournies par l'étranger demandeur en justice (C. civ., 16), par l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent (C. civ., 120), par l'usufruitier (C. civ., 601), l'usager ou le titulaire d'un droit d'habitation (C. civ., 626), par l'envoyé en possession d'une succession irrégulière (C. civ., 771), par l'héritier bénéficiaire (C. civ., 807), par le mari pour le préciput conventionnel (C. civ., 1518), par l'acheteur en faillite ou en déconfiture (C. civ., 1613), par le vendeur en cas de menace d'éviction (C. civ., 1653), par le créancier surenchérisseur (C. civ., 2185).

Le concessionnaire d'une mine doit aussi, s'il fait des travaux sous des maisons ou autres exploitations ou dans leur voisinage immédiat, donner caution de payer indemnité en cas d'accident (L. 21 avril 1810, art. 15 [2]).

b. Le cautionnement *judiciaire* est celui qui est ordonné par la justice. Ainsi, dans certains cas, le juge peut ordonner l'exécution provisoire de sa sentence moyennant caution (C. pr., art. 135 et 439). De même le tribunal peut ordonner à l'un des plaideurs de fournir caution au cours d'un procès ; il y a encore lieu à caution dans le cas de saisie conservatoire en matière commerciale (C. pr., 417) ou pour les jugements rendus par le tribunal de commerce (C. pr., 439).

Le cautionnement n'est pas judiciaire, mais bien conventionnel, lorsque étant dû en vertu de la convention, il est fourni à la suite d'un jugement rendu en raison de l'inexé-

[1] V. *infra*, n. 1196 s.

[2] Sur la portée de ce texte, V. Cass. req., 12 août 1872, S., 72. 1. 353, D., 72. 1. 369. — Bruxelles, 18 déc. 1883, D., 85. 2. 218. — Bruxelles, 29 mars 1888, D., 89. 2. 139. — Bruxelles, 28 nov. 1891, S., 93. 4. 1. — Féraud, *Code des mines*, II, n. 650.

cution de la convention ([1]). Dans ce cas, en effet, le jugement ne fait que sanctionner la convention.

De même une caution légale reste telle, même alors qu'elle est reçue en justice ([2]) (telle est la caution fournie par le surenchérisseur) ([3]), ou qu'on est condamné en justice à la fournir ([4]).

c. Le cautionnement *conventionnel* est celui qui n'est exigé ni par la loi ni par la justice, mais qui est fourni à un créancier par le seul motif qu'il juge utile d'obtenir cette garantie ; généralement le cautionnement conventionnel suppose une obligation prise par le débiteur principal de fournir une caution ; mais cela n'est aucunement indispensable ([5]).

925. Enfin, la caution peut être distinguée du certificateur de caution ou caution de la caution.

« *On peut aussi* », dit l'article 2014, alinéa 2, « *se rendre* « *caution, non seulement du débiteur principal, mais encore* « *de celui qui l'a cautionné.* » Celui qui cautionne ainsi une caution porte le nom de *certificateur*, expression qu'on trouve dans l'article 135-5° du Code de procédure.

Son existence est affirmée dans le droit romain et dans l'ancien droit ([6]).

Le certificateur de caution (*fidejussio succedanea*) est, on le voit, celui qui s'oblige à acquitter la dette si la caution principale ne l'acquitte pas.

Cette dernière joue donc vis-à-vis de lui le même rôle que le débiteur principal vis-à-vis de la caution principale ([7]). Et, par suite, les règles de ce sous-cautionnement sont celles du cautionnement. Nous ferons de ce principe diverses applications.

([1]) Pont, II, n. 434 ; Aubry et Rau, IV, p. 678, § 425, note 3 ; Laurent, XXVIII, n. 183 ; Guillouard, n. 83.

([2]) Aubry et Rau, IV, p. 678, § 425, note 3 ; Guillouard, n. 84.

([3]) Guillouard, n. 84.

([4]) Pont, II, n. 434 ; Aubry et Rau, IV, p. 678, § 425, note 3 ; Laurent, XXVIII, n. 183 ; Guillouard, n. 84.

([5]) V. *infra*, n. 930.

([6]) L. 8, § 12, L. 27, § 4, D., *De fid.*, 46. 1. — Argou, liv. IV, ch. I, II, p. 378 ; Pothier, *Tr. des oblig.*, n. 398.

([7]) L. 8, § 12, L. 27, § 4, D., *De fid.*, 46. 1. — Argou, *loc. cit.* ; Eck, Holtzendorff's *Rechtslexicon*, v° *Afterbuergschaft*.

CHAPITRE II

CONDITIONS DE VALIDITÉ DU CAUTIONNEMENT

SECTION PREMIÈRE

FORME ET PREUVE. — CONSENTEMENT DES PARTIES

926. Le cautionnement n'est soumis à aucune forme et ne nécessite pas l'emploi de termes sacramentels (1) ; il peut être fourni verbalement aussi bien que par écrit (2). Mais il est essentiel qu'il soit accepté (3).

Le cautionnement peut être donné par lettre (4), et cela même en matière civile (5). On n'a pu soutenir le contraire sur ce dernier point qu'en niant que les contrats civils puissent être conclus par lettre.

Il peut être donné également par endossement d'un effet de commerce (6).

927. La promesse de cautionnement faite au créancier équivaut au cautionnement et permet au créancier de poursuivre le promettant, si le débiteur ne s'acquite pas à l'échéance (7). En effet, d'une part, c'est une règle, posée par la loi en ma-

(1) Guillouard, n. 66. — Décidé que la demande à un tiers de vendre un matériel à une personne dont on se porte garant devient, si la vente est effectuée, un cautionnement. Amiens, 6 déc. 1901, *Rec. Amiens*, 1901. 204.

(2) Cass., 26 mai 1829, S. chr. — Cass., 1er fév. 1829, S., 36. 1. 511. — Cass., 28 août 1872, D., 72.1. 396.— Cass. req., 22 oct. 1894, D., 95.1.233. — Rennes, 27 juill. 1892, sous Cass., 27 oct. 1894, S., 95. 1.174. — Besançon, 29 mars 1893, *Loi*, 28 avril 1893. — Trib. civ. Bordeaux, 7 janv. 1902, *Rec. Bordeaux*, 1902. 3. 37.—Ponsot, n. 10; Troplong, n. 135; Aubry et Rau, IV, p. 676, § 424, note 1 ; Laurent, XXVIII, n. 157 ; Guillouard, n. 40 et 66.

(3) Jugé que l'acceptation résulte de ce que le créancier a conservé entre les mains l'acte qui constate le cautionnement et en a poursuivi l'exécution. Chambéry, 15 juill. 1901, D., 1903. 1. 341.

(4) Cass., 14 mars 1811, D. *Rép.*, v° *Cautionn.*, n. 158. — Cass., 17 mars 1868, S., 68. 1. 380, D., 68. 1. 293. — Chambéry, 2 déc. 1878, S., 79. 2. 53, D., 79, 2. 53. — Laurent, XXVIII, n. 158 ; Guillouard, n. 41.

(5) Guillouard, n. 41. — *Contra* Laurent, *loc. cit.*

(6) Dijon, 13 juill. 1896 sous Cass., 10 janv. 1898, D., 99. 1. 196.

(7) Guillouard, n. 28. — *Contra* Troplong, n. 42.

tière de vente, que la promesse d'un contrat équivaut, sauf intention contraire des parties, à ce contrat lui-même. D'autre part, comme le cautionnement n'est soumis à aucune forme, on ne peut nier la validité de la promesse de cautionnement et, cela étant, le promettant qui refuse d'exécuter sa promesse est tenu à des dommages-intérêts, ce qui le met dans la même situation que s'il s'était directement engagé comme caution.

928. Mais la promesse faite au créancier et non acceptée par lui est, conformément aux principes, une offre qui, jusqu'à l'acceptation, peut être rétractée et n'engage pas le promettant (1). C'est à tort qu'on oppose le caractère unilatéral, du cautionnement ; il est un contrat unilatéral, mais non un acte unilatéral (2).

La promesse faite au débiteur et acceptée par ce dernier engage le promettant envers le débiteur et, comme ce dernier a stipulé à la fois pour son compte et pour celui du créancier, le créancier peut lui-même se prévaloir de la promesse (C. civ., 1121). De là, comme nous le verrons, la validité du cautionnement portant sur une dette dont le créancier n'est pas encore connu ou qui n'a pas encore pris naissance.

929. Toutefois, par dérogation aux règles du droit commun, la loi ne se contente pas d'un consentement tacite des parties. « *Le cautionnement* », dit l'article 2015, 1re partie, « *ne se présume point ; il doit être exprès.* »

Quelle en est la raison ? Il n'y a pas de convention plus désavantageuse que le cautionnement ; la caution s'oblige à payer si le débiteur ne paie pas, éventualité qui se réalise souvent. *Qui cautionne paie,* dit un vieux proverbe. La caution, il est vrai, a alors un recours pour se faire rembour-

(1) Nancy, 15 fév. 1896, D., 96. 2. 445. — Guillouard, n. 28. — *Contra* Lyon, 27 oct. 1838, *Mon. jud. Lyon*, 18 mai 1889. — L'arrêt précité de Nancy conclut avec raison que l'offre suivie d'une lettre du créancier au débiteur, *et ayant un objet différent*, ne réalise pas le contrat ; mais il en serait autrement d'une lettre d'acceptation, même adressée au débiteur, car il suffit, pour qu'un contrat se forme, qu'une offre soit acceptée ; il n'est pas nécessaire que l'acceptation soit notifiée à l'auteur de l'offre.

(2) V. *supra*, n. 913.

ser ; mais le plus souvent ce recours est illusoire par suite de l'insolvabilité du débiteur. On voit que la caution court un risque sérieux, et le plus souvent sans aucune compensation, le cautionnement étant gratuit de sa nature (1). Dans ces conditions, il est tout simple que la loi ait exigé, de la part de celui qui se porte caution, un consentement *exprès*, c'est-à-dire exprimé, manifesté soit par une déclaration écrite, soit au moins par une déclaration verbale. Un consentement tacitement manifesté n'a pas paru offrir un caractère suffisant de certitude. Le cautionnement ne peut donc pas résulter d'un simple conseil ou d'une simple recommandation (2), ni d'aucun acte, quelque significatif qu'il soit, manifestant tacitement la volonté de se porter caution.

Il a été décidé, en conséquence, mais peut-être à tort, que la lettre portant qu'on y prend la responsabilité personnelle de la solvabilité d'un client n'est pas un cautionnement (3).

A plus forte raison l'apposition de la signature d'un tiers à côté de celle du débiteur n'emporte-t-elle pas cautionnement (4).

Mais les termes employés par les parties sont indifférents ; les mots « bon pour aval » mis au-dessus d'une signature impliquent le cautionnement alors même qu'il s'agit d'une obligation qui, ne résultant pas d'un effet de commerce, ne peut être garantie par un aval (5). La promesse de payer la dette d'un tiers « si cela peut convenir au créancier » est également un cautionnement (6). Il en est de même de la lettre par laquelle un tiers déclare au créancier qu'il viendra à l'aide du débiteur (7), ou qu'il se procurera l'argent nécessaire pour payer la dette (8).

Il est bien entendu que c'est seulement la volonté de celui qui se porte caution qui doit être manifestée expressément ;

(1) Guillouard, n. 66.
(2) V. *supra*, n. 921.
(3) Paris, 20 déc. 1890, *Gaz. Pal.*, 91. 1. 342.
(4) Trib. civ. Saint-Marcellin, 12 mai 1893, *Rec. Grenoble*, 95. 1. 103.
(5) Dijon, 25 oct. 1892, *Gaz. Pal.*, 93, 1. *Suppl.*, 48.
(6) Trib. civ. Seine, 14 janv. 1893, *Loi*, 20 mars 1893.
(7) Toulouse, 12 mars 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 1, *Suppl.*, 32.
(8) Rouen, 15 déc. 1900, *Rec. Rouen*, 1901. 15.

le consentement du créancier, envers lequel le cautionnement est contracté, peut n'être que tacite, conformément au droit commun (1). En disant : « Le cautionnement ne se présume point » (art. 2015), la loi ne songe certainement qu'à celui qui s'oblige en qualité de caution ; elle entend exprimer cette pensée que la volonté de se porter caution doit être expresse.

Le consentement du créancier résulte donc de ce que le créancier exerce des poursuites contre la personne qui a offert sa caution (2).

930. Le contrat de cautionnement intervient entre le créancier et la caution ; le débiteur y demeure étranger ; le contrat est donc parfait alors même que ce dernier n'y intervient pas (3). Ainsi s'explique la disposition de l'article 2014 alinéa 1er : « *On peut se rendre caution sans ordre de celui pour « lequel on s'oblige et même à son insu.* » Cela est du reste conforme au droit commun, car on peut gérer les affaires d'un tiers sans sa participation (4). Aussi ces solutions étaient-elles admises en droit romain (5) et dans l'ancien droit (6).

Allons plus loin : on peut cautionner un débiteur malgré son opposition et par conséquent contre son gré (7). Mais hâtons-nous de dire que c'est là une faculté dont on n'abuse pas, si tant est qu'on en use ; et, si nous prenons la peine de la mentionner, c'est uniquement pour l'honneur du principe et afin de le mettre dans tout son jour. Régulièrement la caution n'intervient que sur la prière du débiteur et en vue de lui procurer un crédit qu'il n'obtiendrait pas sans cela. Dans la pratique, c'est celui auquel le cautionnement est demandé qui le refuse et non le débiteur auquel il est offert.

L'importance du point de savoir si en fait la caution s'est

(1) Guillouard, n. 43.
(2) Grenoble, 10 juin 1825, S. chr. — Guillouard, n. 43.
(3) Guillouard, n. 11 et 39.
(4) Domat, liv. III, tit. IV, sect. 1, n. 7.
(5) L. 30, D., *De fid.*, 46. 1.
(6) Domat, *loc. cit.*
(7) Guillouard, n. 11.

engagée sur l'ordre, ou à l'insu, ou malgré l'opposition du débiteur se manifeste au sujet du recours de la caution contre le débiteur.

931. Les formes de la réception d'une caution judiciaire sont réglées par les articles 517 à 522 du Code de procédure.

932. Dans les pays étrangers, le cautionnement n'est en général soumis à aucune forme (1).

933. Le cautionnement se prouve par les moyens ordinaires et sans qu'un écrit soit nécessaire en toute hypothèse (2).

Ainsi il peut se prouver par témoins s'il y a un commencement de preuve par écrit (3), ou s'il n'excède pas 150 fr. (4).

Il peut même se prouver par tous les moyens dans les rapports entre la caution et le débiteur, notamment pour permettre à la caution d'exercer son recours contre le débiteur (5). On ne peut exiger la production d'un écrit passé entre le débiteur et la caution, puisque la caution peut s'engager à l'insu du débiteur.

Le cautionnement commercial se prouve par tous les moyens, conformément à l'article 109 du Code de commerce (6).

Nous déterminerons plus loin dans quels cas le cautionnement est un acte de commerce (7).

934. De ce que le cautionnement est un contrat unilatéral,

(1) *Allemagne*. Dr. commun., V. Eck, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Buergschaft*. En Prusse un écrit était nécessaire, § 203, I, 14. Dans le nouveau C. civ. (art. 766) le consentement de la caution doit être écrit. — *Angleterre*, le consentement suffit. Pawitt, *Le dr. anglais codifié*, p. 67. — *Russie*, dans les provinces baltiques, le consentement suffit. Lehr, *Elém. de dr. civ. russe*, II, n. 1379. — Mais dans le reste de la Russie il faut un écrit. Lehr, *loc. cit.* — *Suisse*. Il faut un écrit, C. féd., 491.

(2) Rennes, 8 août 1893, *Rec. de Nantes*, 93. 1. 349. — Nancy, 15 fév. 1896, D., 96. 2. 445, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 538.

(3) Trib civ. Libourne, 30 déc. 1892, *Rec. de Bordeaux*, 93. 3. 17.

(4) Cass., 1er fév. 1836, S., 36. 1. 511. — Cass., 17 mars 1868, S., 68. 1. 380, D., 68. 1. 293. — Guillouard, n. 42.

(5) Trib. civ. Seine, 25 juil. 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 530 (ainsi la caution peut prouver le cautionnement par l'aveu du créancier).

(6) Cass. req., 27 juil. 1888, S., 88. 1. 432, D., 89. 1. 115. — Nancy, 15 fév. 1896, précité. — Trib. com. Chambéry, 8 déc. 1893, *Loi*, 3 janv. 1894.

(7) V. *infra*, n. 1196 s.

il résulte une conséquence importante au point de vue de la preuve. Si les parties veulent constater le cautionnement par acte sous seing privé, il ne sera pas nécessaire que l'acte satisfasse aux prescriptions de l'article 1325, relatif à la formalité du double écrit (1).

Il en est ainsi même si la dette cautionnée dérive d'un contrat synallagmatique, d'une vente par exemple (2).

Peu importe aussi que la caution ait opposé à son engagement certaines restrictions, en stipulant, par exemple, un terme plus long que celui de l'obligation principale.

Toutefois il en est autrement si le créancier contracte une véritable obligation, ou si le créancier, en échange du cautionnement, modifie l'obligation en faveur du débiteur (3), par exemple en diminuant les intérêts (4), en reculant le terme (5), en donnant mainlevée d'une hypothèque (6).

Mais l'acte qui constate le cautionnement est soumis aux exigences de l'article 1326 en ce qui concerne le *bon* ou *approuvé*, si le cautionnement s'applique à une promesse de payer une somme d'argent ou une autre chose appréciable (7). On se trouve alors tout à fait dans l'esprit non moins

(1) Grenoble, 10 juin 1825, S. chr. — Trib. civ. Boulogne, 19 juil. 1901, *Gaz. Trib.*, 4 déc. 1901. — Duranton, XVIII, n. 298 ; Ponsot, n. 18 ; Troplong, n. 20 ; Pont, II, n. 20 ; Guillouard, n. 7.

(2) Troplong, n. 21 ; Guillouard, n. 7.

(3) Cass., 14 mai 1817, S. chr. — Cass., 23 juil. 1818, S. chr. — Cass., 22 nov. 1825, S. chr. — Cass., 14 juin 1847, S., 47. 1. 663, D., 47. 1. 244. — Bastia, 11 juil. 1838, D. *Rép.*, v° *Oblig.*, n. 4007-2°. — Alger, 1er fév. 1890, *Rev. algér.*, 91. 136. — Larombière, art. 1325, n. 13 ; Pont, II, n. 21 ; Laurent, XXVIII, n. 127 ; Guillouard, n. 8.

(4) Guillouard, n. 8.

(5) Alger, 1er fév. 1890, précité. — Paris, 23 nov. 1904, *Droit*, 16 fév. 1905. — Guillouard, n. 8.

(6) Guillouard, n. 8.

(7) Cass. civ., 21 août 1827, S. chr., D. *Rép.*, v° *Oblig.*, n. 4099-1°. — Cass. req., 1er mars 1853, S., 55. 1. 212, D., 54. 1. 342. — Orléans, 14 janv. 1828, S. chr. — Rennes, 14 mai 1845, D., 46. 2. 64. — Paris, 14 mai 1846 S., 46. 2. 299, D., 46. 2. 138. — Bourges, 10 juin 1851, S., 51. 2. 681. D., 52. 2. 33. — Paris, 20 août 1853, D., 55. 5. 353. — Paris, 24 mai 1855, S., 55. 2. 574, D., 55. 2. 195. — Lyon, 17 juin 1871, S., 71. 2. 222, D., 71. 2 192. — Alger, 22 mai 1878, S., 78. 2. 333, D., 79. 2. 224. — Poitiers, 5 mai 1879, S., 79. 2. 254, D., 79. 2. 165. — Aix, 14 mai 1886, *Rec. d'Aix*, 86. 389. — Lyon, 6 juil. 1888, *Mon. jud. Lyon*, 7 déc. 1888. — Rennes, 26 déc. 1893, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 207. — Paris, 22 nov. 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 653. — Douai, 25 janv. 1903, D.,

que dans les termes de l'article 1326. D'une part l'abus de blanc seing est aussi à craindre en vue d'un cautionnement qu'en vue d'une obligation principale : d'autre part, il s'agit bien ici d'un engagement unilatéral de payer.

La question de savoir si le cautionnement portant sur des valeurs indéterminées est soumis à la même formalité, dépend de celle de savoir si l'article 1326 est applicable aux engagements portant sur des valeurs indéterminées (1).

On a décidé que la formalité du « bon pour » n'est pas applicable au cautionnement exigé, pour garantie de l'acquittement de certains droits, par les lois sur les contributions indirectes (2); la raison de cette exception au droit commun serait que les lois spéciales ne font pas mention de la formalité du « bon pour »; l'argument est certainement insuffisant.

SECTION II

CAPACITÉ DE LA CAUTION

935. La caution contractant une obligation personnelle qui affecte tous ses biens, il en résulte que, pour pouvoir vala-

1903. 2. 234. — Lyon. 27 déc. 1903, D., 1904. 2. 327. — Trib. civ. Carcassonne, 12 mars 1890, *Gaz. Trib.*, 11 avril 1890. — Trib. civ. Saint-Denis, sous Cass., 16 juin 1902, S., 1903. 1. 31. — Trib. civ. Boulogne, 19 juil. 1901, précité. — Trib. com. Pau, 27 fév. 1902, *Loi*, 3 juin 1902. — Trib. civ. Seine, 20 nov. 1903, *Droit*, 3 fév. 1904. — Trib. civ. Seine, 19 mars 1904, *Droit*, 10 sept. 1904. — Liège, 11 juin 1896, *Pasicr.*, 97. 2. 15. — Ponsot, n. 20; Larombière, art. 1326, n. 10 ; Pont, II, n. 22 ; Aubry et Rau, VIII, p. 240, § 756, note 65 ; Laurent, XIX, n. 243 ; Planiol, II, n. 2324. — *Contra* Paris, 8 pluv. an X, D. *Rép.*, v° *Caut.*, n. 157; Liège, 4 avril 1813, D. *Rép.*, v° *Compét. comm.*, n. 233 et s. et *Oblig.*, n. 4091 et 4175. — Paris, 13 mars 1816, S. chr., D. *Rép.*, v° *Caut.*, n. 157. — Lyon, 12 avril 1832, S., 33. 2. 428, D. *Rép.*, v° *Caut.*, n. 157. — Douai, 25 nov. 1853. D., 55. 2. 333. — La signature non précédée des mots « bon » ou « approuvé » peut servir de commencement de preuve par écrit. — Douai, 27 janv. 1903, précité. — Trib. civ. Carcassonne, 12 mars 1890 précité.

(1) *Aff.* Cass., 1er mars 1853, précité. — Cass., 10 janv. 1870, S., 70. 1. 157. — Metz, 28 mars 1833, S., 35. 2. 49. — Paris, 24 mai 1855, précité. — Orléans, 24 déc. 1864, S., 65. 2. 213. — Montpellier, 6 déc. 1865, S., 66. 2. 319. — Poitiers, 17 juin 1867, S., 68. 2. 18. — Pont, II, n. 22 ; Guillouard, n. 10. — *Nég.* Douai, 27 janv. 1903, précité.

(2) Cass. req., 22 oct. 1894, D., 95. 1. 233.

blement fournir un cautionnement, il faut avoir la capacité pleine et entière de s'obliger. D'après l'article 2018, le débiteur qui s'est engagé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter. Il faut entendre par là la capacité de s'obliger (1), comme le disent les travaux préparatoires (2). Pothier (3) exigeait la capacité de « s'obliger comme caution », ce qui ne veut rien dire.

Certains auteurs (4) exigent la capacité de disposer à titre gratuit, sous prétexte qu'il s'agit d'un contrat de bienfaisance. Ils oublient que le contrat de bienfaisance n'est pas une donation, qu'au contraire il s'en distingue essentiellement et que la caution ne fait pas plus une libéralité que le prêteur sans intérêts : l'une et l'autre font une avance remboursable ; la caution ne s'engage même qu'éventuellement à faire cette avance, tandis que le prêteur la fait immédiatement, et cependant personne ne songe à exiger du prêteur la capacité du donateur.

D'autres exigent la capacité de faire « un contrat de bienfaisance » (5). Cette formule ressemble à celle de Pothier et n'est pas plus heureuse : car quel est le texte qui détermine la capacité nécessaire pour faire un contrat de bienfaisance? Au surplus, cette opinion mérite un autre reproche, qu'on peut également faire à la précédente : c'est envers le créancier que la caution s'oblige ; or le créancier n'a pas à s'inquiéter des conventions faites entre le débiteur et la caution et ignore si cette dernière s'est fait promettre une indemnité par le premier.

En tout cas on admet que, si la caution, en échange de son engagement, s'est fait promettre une indemnité par le créancier ou par le débiteur principal, la capacité de s'obliger lui suffit (6).

(1) Duranton, XVIII, n. 309; Ponsot, n. 128; Troplong, n. 188; Aubry et Rau, IV, p. 676, § 424, note 3.

(2) Discours de Treilhard au Corps législatif, Fenet, XV, p. 39.

(3) N. 387.

(4) Laurent, XXVIII, n. 160.

(5) Pont, II, n. 57 ; Guillouard, n. 45.

(6) Guillouard, n. 45 et 46.

La capacité de s'obliger est également exigée à l'étranger (1).

936. Du principe que nous avons posé, il résulte que la femme mariée ne peut se rendre caution sans autorisation de son mari (2).

Il en est ainsi même de la femme séparée de biens (3), car elle ne peut s'obliger que dans les limites de l'administration et le cautionnement n'est jamais un acte d'administration.

Au contraire, depuis la loi du 6 février 1893 (art. 3), la femme séparée de corps peut se rendre caution sans l'autorisation de son mari, comme elle peut accomplir tout acte de la vie civile.

937. Le tuteur ne peut cautionner au nom du mineur (4), car il ne peut faire que les actes d'administration.

Le mineur émancipé, auquel les actes d'administration sont seuls permis, ne peut se rendre caution (5).

938. L'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut se rendre caution sans l'assistance de son conseil (6).

L'individu frappé d'interdiction légale n'est pas capable d'être caution, car il perd l'administration de son patrimoine (7).

La personne condamnée à une peine temporaire, qui se trouve en état de contumace, peut être caution, puisqu'elle conserve sa capacité civile (8).

939. Dans quelques pays la faculté de se rendre caution est refusée à certaines catégories de personnes (9).

(1) Prusse, Cod. gén., § 219, I, 14. — C. civ. allemand, 239. — Portugal, C. civ., 819. — Russie, Lehr, *Elém. de dr. civ. russe*, II, n. 1365. — Suisse, C. féd. 490.

(2) Guillouard, n. 46.

(3) Paris, 27 nov. 1857, D., 57. 2. 210. — Poitiers, 3 fév. 1858, S. 58. 2. 620, D., 59. 2. 72. — Pont, II, n. 57 ; Guillouard, n. 46.

(4) Guillouard, n. 47.

(5) Guillouard, n. 47.

(6) Guillouard, n. 47.

(7) Guillouard, n. 47.

(8) Trib. civ. Béziers, 26 juin 1886, D. *Rép*, v° *Contumace*, n. 66. — Guillouard, n. 47.

(9) *Allemagne.* Dans le droit commun le cautionnement était interdit, pour cer-

Ainsi le droit romain, par interprétation du sénatus-consulte Velléien, défendait aux femmes l'*intercessio*, c'est-à-dire tout engagement dans l'intérêt d'un tiers et notamment le cautionnement.

Dans l'ancien droit, le Velléien a été admis jusqu'à une époque assez récente ; mais la renonciation au Velléien étant devenue de syle (1), un édit de Henri IV permit, en 1606, aux femmes de s'obliger (2).

Le sénatus-consulte Velléien était encore récemment suivi dans certaines législations (3).

940. Le Velléien édicte une limitation à la capacité ; la question de savoir s'il est applicable est donc tranchée par la même loi que toutes les questions qui se rattachent à la capacité (4), c'est-à-dire par le statut personnel de la femme qui s'oblige, ce qui signifie, suivant les systèmes, sa loi nationale ou la loi de son domicile.

taines dettes, aux soldats, cela par application du droit romain (L. 31, C., *loc. cond.*, 4. 65) : les religieux ne pouvaient pas davantage être cautions (nov. 123, cap. 6). — V. Eck, *loc. cit.* — Ces exceptions n'existent plus dans le Code civil.

(1) Louet. let. V, n. 6 et 7 ; Argou, liv. IV, ch. I, II, 376.

(2) V. *Journ. des audiences*, liv. VI, ch. XLVII.

(3) *Allemagne*. Le droit commun admettait le sénatus-consulte Velléien, Eck. *loc. cit.* Mais il n'avait guère de portée, la plupart des pays allemands l'ayant expressément rejeté. V. pour la Prusse, L. sur les associations du 4 juil. 1868, § 12, al. 4, L. industrielle du 21 juin 1869. § 11 et surtout L. 1er déc. 1869 (il n'y avait d'exception que pour la circonscription du tribunal d'appel de Cologne). Dans les parties de l'Allemagne où le Velléien était encore en vigueur, l'engagement de la femme était validé à la condition d'être corroboré par le serment ou d'être précédé d'une consultation donnée à la femme par un jurisconsulte sur les suites de son engagement. V. Von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2e éd., Hanovre, 1889, I, p. 430, n. 153 ; Puchta, *Pandeckten*, § 407. — La loi wurtembergeoise du 21 mai 1828 (art. 5) subordonnait simplement le cautionnement de la femme à certaines formalités. — Le nouveau C. civ. abroge le Velléien par prétérition à partir de 1900. — *Autriche*. Le cautionnement de la femme n'est soumis à aucune limitation, § 134 s.

(4) Duplessis, *Consult.* XXVI (*Œuvres*, II, p. 156) ; Bouhier, *Les cout. du duché de Bourgogne*, ch. XXVII, n. 56 ; Boullenois, *Tr. de la personnalité et de la réalité des lois*, 1766, I, p. 187 ; Fœlix, *Dr. int.*, I, n. 93 et Demangeat sur Fœlix, p. 219, note ; Laurent, *Dr. civ. intern.*, V, n. 69 ; Seuffert, *Comm. ueb. die bayr. Gerichtsordnung*, Erlangen, 1836, I, p. 248, note 42 ; Walter, *System des gem. deutsch. Privatrechts*, Bonn, 1855, § 45 ; Thœl, *Einl. in das deutschen Privatrecht*, Gœttingue, 1856, § 85, note 7 ; Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, I, 2e éd., Berlin, 1882, § 30 ; Von Bar, II, p. 199, n. 284.

Toutefois si, d'après la loi qui règle la capacité, le Velléien se réduit à des formes de protection prescrites en faveur de l'incapable, c'est la loi du lieu où l'acte est passé qui règle le point de savoir si ces formes sont nécessaires (1).

941. La question de savoir si le Velléien est encore en vigueur doit être tranchée non par la loi sous l'empire de laquelle la femme est mariée, mais par la loi qui est en vigueur au moment où la femme s'engage (2).

SECTION III

DES VICES DU CONSENTEMENT

942. Comme toute autre obligation, l'engagement de la caution est annulable à raison des vices du consentement (3). Les applications de cette règle concernent surtout les hypothèses soit où l'engagement principal est nul (4), soit où une garantie donnée par le débiteur principal est nulle (5). En outre le cautionnement, comme tout autre engagement, est nul pour toute erreur substantielle (6).

Quant au dol, il n'est, conformément au droit commun, une cause de nullité que s'il provient du cocontractant, c'est-à-dire du créancier.

(1) Trib. sup. empire Allemagne, 20 avril 1883, *Entsch.*, IV, n. 176, *Anal. journ. dr. int.*, XI, 1884, p. 303 (pour le droit wurtembergeois). — *Contra* Trib. civ. Genève, 6 janv. 1888, *Sem. jud.*, 1888, p. 470, *Anal. journ. dr. int.*, XVII, 1890, p. 514 — D'après Bar, *op. cit.*, I, p. 430, n. 153, il suffit, pour que les formes soient inutiles, qu'elles soient inconnues soit dans le pays où l'acte est passé soit dans le pays où la femme a son domicile.

(2) Cass., 27 août 1810, S. chr. — Cass., 5 mars 1811, S. chr. — Turin, 23 fév. 1807, S. chr. — Rouen, 4 fév. 1808. S. chr. — Rouen, 24 juin 1809, S. chr. — Chambéry, 19 nov. 1877, S., 78. 2. 5. — Duranton, XVIII, n. 410 ; Troplong, n. 185; Guillouard, n. 46.

(3) Décidé avec raison que si la caution croyait à tort immobilière la vente dont elle a cautionné le prix, et comptait ainsi sur la subrogation au privilège du vendeur, et si les juges de fait constatent que cette erreur n'a pas été la cause déterminante de son engagement, l'engagement n'est pas nul. Cass. req., 16 mars 1898, S, 1902. 1. 331, D., 98. 1. 301 ; — que l'erreur sur les garanties promises par le débiteur n'est pas une erreur sur la substance. — Lyon, 19 juill. 1900, *Loi*, 22 déc. 1900.

(4) V. *infra*, n 943 s.

(5) V. *infra*, n. 959 s.

(6) Lyon, 19 juill. 1900, précité

SECTION IV

OBLIGATIONS QUI PEUVENT ÊTRE CAUTIONNÉES

§ I. *Obligations nulles.*

943. « *Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable* » (art. 2012 al. 1). Le sort du cautionnement est donc intimement lié à celui de l'obligation à laquelle il se rattache.

La règle souffre une seule exception, dont nous parlons plus loin [1] : la caution ne peut pas opposer au créancier la nullité de l'obligation principale, lorsqu'elle a pour fondement l'incapacité du débiteur. Mais la caution peut opposer au créancier toutes autres exceptions, tirées soit de la nullité de l'obligation principale, et à plus forte raison de son inexistence, soit de l'extinction de cette obligation : ce sont là des exceptions réelles ou inhérentes à la dette. Tout ceci résulte de l'article 2036, ainsi conçu : « *La caution peut opposer au « créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débi- « teur principal, et qui sont inhérentes à la dette. — Mais « elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement per- « sonnelles au débiteur.* »

Il résulte des travaux préparatoires [2] que les exceptions inhérentes à la dette au sens de l'article 2036 sont celles qui tiennent au contrat et les exceptions personnelles celles qui concernent un fait personnel au débiteur [3].

944. Il ressort notamment des textes précités que le cautionnement donné pour une obligation dont la cause est illicite est lui-même nul.

Tels sont les cas où l'obligation principale porte sur l'un des objets suivants :

Donation nulle pour vice de forme [4] ;

(1) V. *infra*, n. 945 s.
(2) Rapport de Chabot au Tribunat, Fenet, XV, p. 58.
(3) Laurent, XXVIII, n. 296 ; Guillouard, n. 230.
(4) Vidal, *Rev. étr. et franç. de législ.*, VIII, 1842, p. 379.

Libéralité à un enfant adultérin (1) ou à toute autre personne incapable de revoir (2) ;

Intérêts usuraires (3) ;

Stipulation que le payement du prix d'un office ministériel aura lieu avant la prestation de serment (4), ou contre-lettre augmentant le prix ostensible d'un office ministériel(5); mais il en est autrement du cautionnement du prix ostensible de l'office (6) ;

Avantage particulier consenti par un failli à l'un de ses créanciers (7) ,

Donation excédant la quotité disponible (8) ;

Partage conférant un avantage interdit par la loi (9) ;

Traité entre un mineur et son ancien tuteur avant la reddition du compte de tutelle (10) ;

Vente entre personnes incapables de passer entre elles une vente (11) ;

Convention contraire à l'immutabilité du contrat de mariage (12) ;

Séparation de biens ou de corps volontaire entre époux(13);

Dette de jeu (14).

Ajoutons, dans certains cas, les obligations délictuelles (15).

La caution peut invoquer la nullité de l'obligation principale, résultant d'une condition impossible ou illicite (16).

(1) Caen, 17 juin 1863, *Rec. de Caen*, 1863, p. 184. — Guillouard, n. 58.

(2) Vidal, *op. cit.*, p. 380.

(3) Caen, 27 mars 1874, *Rec. de Caen*, 1874, p. 178. — Duvergier, *Rev. dr. franç. et étr.*, IV, 1847, p. 8 ; Guillouard, n. 58.

(4) Cass. civ., 8 mars 1887, S., 87. 1. 383. — Guillouard, n. 58.

(5) Cass. req., 18 mars 1895, S., 96. 1.11, D., 95. 1. 346.— Guillouard, n. 58.

(6) Cass. req., 18 mars 1895, précité.— Bordeaux, 8 déc. 1890, *Rec. Bordeaux*, 91. 1. 69.

(7) Bordeaux, 11 janv. 1882, *Gaz. Pal.*, 82. 2. 107. — Guillouard, n. 58.

(8) Grenoble, 4 déc. 1830, S chr. — Guillouard, n. 58.

(9) Cass., 15 juin 1837, S., 38. 1. 477. — Guillouard, n. 58 et 161.

(10) Toulouse, 5 fév. 1822, S. chr. — Guillouard, n. 58.

(11) Vidal, *op. cit.*, p. 380.

(12-13) Trib. civ. Seine, 10 juil. 1889, *Loi*, 30 juill. 1889.

(14) V. *supra*, n. 138 s.

(15) V. *infra*, n. 949.

(16) Cass. req., 8 janv. 1894, S., 95, 1. 279, D., 94.1.128 et Pau, 29 juin 1892, S., 93. 2. 123 (prêt fait sous la condition d'acquérir le privilège de second ordre d'un cautionnement de fonctionnaire, alors que, ce cautionnement ayant déjà été

Le cautionnement à l'appui d'un pacte sur succession future est nul (1).

Il en est de même du cautionnement d'un marché tendant à l'accaparement d'un produit (2).

La contre-lettre, quoique n'étant pas opposable aux tiers, est valable ; le montant de la contre-lettre peut donc faire l'objet d'un cautionnement (3).

Il en est autrement si elle est illicite, par exemple, comme nous l'avons dit, si elle a pour but d'augmenter le prix de la cession d'un office ministériel (4).

945. La règle que nous avons posée souffre cependant exception, lorsque l'obligation cautionnée est nulle pour cause d'incapacité de l'obligé. Dans ce cas, l'annulation de l'obligation principale n'entraîne pas la nullité de l'obligation accessoire de la caution (5). Par exemple je cautionne un emprunt contracté par un mineur ; parvenu à sa majorité, le mineur fait prononcer la nullité de son engagement. L'obligation que j'ai contractée en qualité de caution n'en subsistera pas moins, et je pourrai être forcé de l'exécuter. C'est ce qui résulte de l'article 2012, alinéa 2, qu'il serait difficile d'entendre dans ce sens, si les travaux préparatoires de la loi ne venaient nous révéler d'une manière indubitable la pensée du législateur (6). Voici le texte : après avoir dit que le cautionnement « ne peut exister que sur une obligation valable », la loi ajoute : « *On peut néanmoins cautionner une « obligation, encore qu'elle pût être annulée par une excep- « tion purement personnelle à l'obligé : par exemple dans*

versé, l'acquisition de ce privilège ne peut plus avoir lieu ; la caution peut se prévaloir de cette nullité dans le cas surtout où elle est intervenue après avoir pris connaissance des conditions du prêt et sur la certitude que le privilège serait acquis au créancier).

(1) Cass. civ., 9 mai 1894, S., 94. 1. 336 (cautionnement par un père pour son fils, avec la clause que le terme d'exigibilité de la dette principale est prorogé jusqu'au décès du père, que les sommes versées par la succession du père créancier seront imputées sur la succession du père comme si elles étaient reçues en avancement d'hoirie).

(2) Paris, 18 déc. 1890, *Gaz. Pal.*, 90. 2. 716.

(3) Paris, 17 nov. 1892, D., 93. 2. 500.

(4) V. *supra*, même numéro.

(5) Argou, liv. IV, ch. I, II, p. 378 ; Domat, liv. III, tit. 4, sect. 1, n, 10.

(6) Discours de Treilhard au Corps législatif, Fenet, XV, p. 38.

« *le cas de minorité* », et c'est ce que répète encore l'article 2036 alinéa 2; la même solution s'applique à l'obligation contractée par tout autre incapable (1). La loi suppose sans doute que celui qui cautionne la dette d'un incapable entend précisément garantir le créancier contre le risque auquel l'expose l'incapacité du débiteur.

L'obligation de la caution pourra donc survivre dans cette hypothèse à celle du débiteur : l'incapable ayant fait prononcer la nullité de son obligation, la caution n'en sera pas moins tenue de payer.

On a voulu justifier cette règle en disant que le créancier a compté sur l'engagement de la caution et que cette dernière n'a pu ignorer la cause de nullité (2).

Ces raisons sont loin d'être déterminantes; car tout d'abord elles pourraient s'appliquer avec autant de force à tout cautionnement d'une obligation nulle ou même inexistante. D'un autre côté la caution peut ignorer l'incapacité de l'obligé, beaucoup plus facilement même qu'elle a pu ignorer toute autre cause de nullité, et il est alors injuste qu'elle soit, contrairement à ses intentions, tenue de la dette sans possibilité de recours (3).

Quoi qu'il en soit des considérations erronées dont s'est inspiré le législateur, il faut conclure que la caution ne peut opposer l'incapacité de l'obligé, alors même qu'elle a ignoré cette incapacité.

Parmi les obligations auxquelles fait allusion l'article 2022 citons :

Celle du mineur non émancipé (4), alors même qu'il n'est pas parvenu à l'âge de discernement (5) ;

Celle du mineur émancipé pour ce qui excède l'administration (6) ;

(1) Paris, 16 nov. 1892, D., 93. 2. 227, *Gaz. Pal.*, 93. 1, 2e p., 10. — Planiol, II, n. 2331. — V. les autorités citées aux notes suivantes.

(2) Domat, *loc. cit.*

(3) Laurent, XXVIII, n. 136 ; Guillouard, n. 56.

(4) Cass , 30 nov. 1812, S. chr. — Domat, *loc. cit.*; Ponsot, n. 63; Troplong, n. 73 s. : Pont. II, n. 43 ; Guillouard, n. 57 et 161.

(5) V. cep. Guillouard, n. 57 (nous ne nous expliquons pas cette restriction).

(6) Paris, 20 janvier 1904, D., 1906. 2. 26 (aval pour le prix d'achat d'un fonds de commerce).

Celle de l'interdit (1), même dans un intervalle non lucide (2) ; car dans ce dernier cas comme dans le cas contraire, l'interdit a seul le droit de faire annuler son obligation ;

Celle de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, sans l'assistance de ce conseil (3) ;

Celle de la femme mariée non autorisée (4). Si Pothier décidait le contraire (5), c'est qu'il partait de l'idée, aujourd'hui inexacte, que l'obligation de la femme est radicalement nulle ;

Celle contractée par une personne en état d'insanité d'esprit. Toutefois le cautionnement de la réparation civile d'un délit dont l'auteur est reconnu irresponsable pour cause d'insanité d'esprit est nul (6), du moins en tant que cautionnement (7). Car l'acquittement de l'inculpé montre que l'obligation principale n'existe pas.

L'aliénation d'un immeuble dotal par la femme, autorisée ou non, étant, d'après l'opinion générale, nulle à raison de l'incapacité de la femme, le cautionnement donné pour garantir la vente est valable (8).

La nullité d'un acte passé par le tuteur sans l'accomplissement des formalités légales provient d'une absence de forme et non d'une incapacité ; on en conclut que le cautionnement de cette obligation est nul (9).

946. Mais on est en droit de se demander à quoi se rattachera, quand elle sera ainsi valable, l'obligation de la cau-

(1) Domat, *loc. cit.* ; Troplong, n. 80 ; Pont, II, n. 42 ; Aubry et Rau, IV, p. 677, § 424, note 6 ; Laurent, XXVIII, n. 148 ; Guillouard, n. 57 et 161.

(2) V. cep. Guillouard, n. 57.

(3) Paris, 16 nov. 1892, D., 93. 2. 227. — Pont, II, n. 47 ; Guillouard, n. 57.

(4) Cass., 17 déc. 1834, S., 35. 1. 544. — Paris, 24 juill. 1819, S. chr. — Paris, 13 nov. 1889, *Gaz. Pal.*, 90. 1. 139. — Trib. civ. Lyon, 16 fév. 1888, *Mon. jud. Lyon*, 7 mai 1838. — Duranton, XVIII, n. 305 ; Demolombe, IV, n. 342 ; Pont, II, n. 34 et 46; Aubry et Rau, IV, p. 677, § 424, note 7; Laurent, XXVIII, n. 140 et 147 ; Guillouard, n. 57 et 161.

(5) N. 395. — Du reste Domat, *loc. cit.*, admettait la validité du cautionnement.

(6) Trib. civ. Lyon, 14 fév. 1890, *Mon. jud. Lyon*, 19 mars 1890.

(7) V. *infra*, n. 952.

(8) Guillouard n. 57.

(9) Pont, II, n. 45 ; Guillouard, n. 58.

tion, car il faut bien qu'elle se rattache à quelque chose, la nature du cautionnement ne lui permettant pas d'avoir une existence indépendante. Nous ne voyons qu'une explication possible : une obligation naturelle survit à l'obligation civile, annulée pour cause d'incapacité du débiteur ; c'est cette obligation naturelle qui sert de soutien au cautionnement.

947. Nous concluons de là que les obligations naturelles peuvent être cautionnées.

C'est en ce sens que statuaient déjà le droit romain (1) et l'ancien droit (2).

La solution n'est pas plus douteuse sous l'empire du Code civil (3) ; car, en validant le cautionnement d'une obligation, nulle à raison de l'incapacité de l'obligé, par cette seule raison que cette obligation est naturelle, le Code a montré qu'il entendait admettre la validité du cautionnement de toute obligation naturelle. Et d'ailleurs si, d'après l'article 1235, l'obligation naturelle peut être acquittée, si l'opinion générale admet qu'elle puisse être novée, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas être cautionnée.

Mais le cautionnement d'une obligation morale ou de conscience est nul (4), parce que cette obligation n'a pas d'existence légale.

Il en est de même du cautionnement d'une dette de jeu (5).

948. Suivant quelques auteurs, les exceptions fondées sur la nullité de l'obligation principale pour vice de consentement (erreur, dol, violence ou lésion) seraient, comme l'exception tirée de l'incapacité du débiteur, purement person-

(1) L. 7, L. 16, § 3, D., *De fid.*, 46. 1. ; § 4, Inst., *de fid.*, 3, 21.

(2) Domat, liv. III, tit. IV, sect. 1, n. 5.

(3) Pont, II, n. 36 s, ; Vidal, *Rev. étr. et franç. de législ.*, VIII, 1842, p. 378 ; Larombière, *Th. et prat. des oblig.*, art. 1235, n. 10 ; Colmet de Santerre, V, n. 174 *bis*, III ; Guillouard, n. 54 ; Planiol, II, n. 2329. — *Contra* Aubry et Rau, IV, p. 676, § 424, note 5 ; Laurent, XXVIII, n. 141 et 142.

(4) Pont, II, n. 36 s. ; Guillouard. n. 54. — *Contra* Larombière, *loc. cit.*

(5) V *supra*, n. 944.

nelles à celui-ci [1]. On invoque principalement en faveur de cette solution l'article 1208, où l'expression *exception purement personnelle* paraît bien prise dans ce sens. Mais il n'y a nulle impossibilité à ce que la même expression ait un sens différent dans deux textes éloignés l'un de l'autre [2]. L'interprétation contraire paraît plus en harmonie avec l'esprit de la loi ; en outre, elle est confirmée par l'article 2012 alinéa 2, et par les explications qu'ont données au sujet de cet article le rapport au Tribunat [3] et l'exposé des motifs au Corps législatif [4].

C'était également la solution de l'ancien droit [5].

La distinction entre les vices du consentement et l'incapacité ne peut pas toutefois se justifier [6].

§ II. *Obligations valables.*

949. Une obligation quelconque peut être cautionnée, pourvu qu'elle soit valable.

Ainsi, bien qu'en pratique le cautionnement ne soit guère usité que pour les obligations de sommes d'argent et principalement pour celles résultant d'un prêt, en théorie il peut s'appliquer également à toute obligation de donner, de faire ou de ne pas faire [7].

De même on peut cautionner non seulement les obliga-

(1) Pont, II, n. 387 s. et 425.

(2) Duranton, XVIII, n. 379 ; Troplong, n. 495 ; Aubry et Rau, IV, p. 683, § 426, note 15 ; Laurent, XXVIII, n. 138 et 139 ; Guillouard, n. 58 *bis*, 161 et 230.

(3) « Quant aux obligations contractées par erreur, par violence ou par dol, quoiqu'elles ne soient pas nulles de plein droit, néanmoins, comme elles donnent lieu à l'action en nullité ou en rescision, l'effet de cette action est le même pour le cautionnement que pour l'obligation principale. » Rapport de Chabot au Tribunat, Fenet, XV, p. 48.

(4) « Une obligation contractée contre la défense de la loi, surprise par le dol, arrachée par la violence, entachée enfin de quelque vice de cette nature, est absolument nulle ; l'acte qui la cautionne tombe par conséquent avec elle. » Exposé des motifs de Treilhard, Fenet, XV, p. 38.

(5) Domat, liv. III, tit. IV, sect. 1, n. 10; Pothier, n. 381.

(6) Guillouard, n. 58 *bis*.

(7) Pont, II, n. 26 ; Laurent, XXVIII, n. 128 ; Guillouard, n. 51 et 54, Planiol, II, n. 2327.

tions qui résultent du contrat, mais encore celles qui résultent d'un quasi-contrat, d'un délit ou de la loi [1]. Cela était admis en droit romain [2] et les législations étrangères fournissent la même solution.

Le cautionnement d'une obligation valable est lui-même valable, bien qu'il soit provoqué par un motif contraire à l'ordre public ; car la cause — à savoir l'obligation qu'on cautionne — est valable. Il en est ainsi de l'acte par lequel un amant cautionne la dette de sa maîtresse pour obtenir qu'elle lui continue ses faveurs [3].

Toutefois le cautionnement est nul lorsque son but est de provoquer le délit et non pas d'en garantir la réparation, par exemple lorsque la caution vient à l'appui d'une promesse de réparer vis-à-vis de l'auteur du délit projeté les conséquences de la découverte du délit projeté [4] ; car l'obligation principale est alors nulle elle-même. C'était d'ailleurs la solution de l'ancien droit [5].

950. Les obligations futures, à l'exception de celles qui sont nulles comme ayant pour objet une succession future [6], peuvent elles-mêmes être cautionnées ; en d'autres termes le cautionnement peut être contracté avant l'obligation [7]. C'était la solution du droit romain [8] et de l'ancien droit [9]. Les législations étrangères sont dans le même sens [10]. Ainsi un banquier ouvre un crédit de 100.000 francs à mon fils, et je

(1) Troplong, n. 50 ; Guillouard, n. 54.

(2) L. 8, § 2, D., *De fid.*, 46. 1.

(3) Paris, 10 janv. 1905, D., 1905. 2. 158. — *Contra* Nancy, 12 nov. 1904, D., 1905. 2. 158.

(4) Guillouard, n. 54,

(5) Domat, liv. III, tit. IV, sect. I, n. 8.

(6) V. *supra*, n. 944.

(7) Paris, 13 mars 1816, S. chr., D. *Rép.*, v° *Caut.*, n. 68. — Trib. civ. Bordeaux, 7 janv. 1902, *Rec. Bordeaux*, 1902. 3. 37. — Trib. féd. suisse, 21 mai 1888, cité par Nessi, *Ann. dr. com.*, III, 1889, *Doct.*, p. 44. — Duranton, XVIII, n 297 ; Pont, II, n. 28 ; Aubry et Rau, IV, p. 674. § 423 ; Guillouard, n. 17 et 52 ; Planiol, II, n. 23 28.

(8) L. 6, § 2 et 55, D., *De fid.*, 46. 1. — L. 50, D , *De pecul.*, 15. 1. — § 3, Inst., *De fid.*, 3 21.

(9) Domat, liv. III, tit. IV, sect. 1, § 6 ; Pothier, *Des oblig.*, n. 399.

(10) *Allemagne*, Eck, *loc. cit.* — C. civ., 765. — *Espagne.* C. civ., 1825. — *Suisse.* C. féd., 492.

me porte caution de celui-ci. Le cautionnement est valable ; et cependant, au moment où je le contracte, aucune obligation n'existe encore à la charge de mon fils : il ne sera obligé que lorsqu'il usera du crédit et dans la mesure seulement où il en aura usé. Mais je puis cautionner cette obligation future, et une fois que je l'aurai fait, je serai lié ; il ne dépendra plus de moi de me soustraire à mon obligation en déclarant que je me rétracte.

On a soutenu que, tant que l'obligation future n'a pas pris naissance, la caution peut rétracter son engagement à la condition de faire connaître au créancier son changement de volonté (1). Cette opinion, qui se fonde exclusivement sur la nécessité d'une obligation principale qui serve de support au cautionnement, nous paraît erronée (2); car du moment que l'engagement de la caution est subordonnée à la naissance de l'obligation principale, le principe de la nécessité d'une obligation principale est sauvegardé; d'autre part, l'obligation future n'est autre chose qu'une obligation éventuelle, de sorte que la caution d'une obligation future subordonne son obligation à une condition, et il est évident qu'une personne obligée conditionnellement ne peut se rétracter avant l'événement de la condition. Pothier, dont on invoque l'autorité en sens contraire, n'a pas traité la question (3).

Le cautionnement peut également, et à plus forte raison, porter sur une obligation conditionnelle (4).

951. Le cautionnement peut porter sur un chiffre indéterminé ou sur une dette indéterminée (5). Tel est le cautionne-

(1) Pont, II, n. 28.

(2) Laurent, XXVIII, n. 131 ; Guillouard, n. 53.

(3) Il dit seulement que la caution d'un emprunt projeté, dont le prêteur n'est pas encore trouvé, peut se rétracter. Nous examinons plus loin cette dernière question (n. 951).

(4) Paris, 13 mars 1816, S. chr., D. *Rép. Caut.*, n., v° 58. — Guillouard, n. 52 ; Fuzier-Herman, art. 1129, n. et les autorités citées au n. suiv.

(5) Cass., 13 nov. 1867, S., 68. 1. 202, D. *Rép.*, *Suppl.*, v° *Caut.*, n. 19. — Paris, 28 déc. 1853, D., 54. 2. 156. — Trib. civ. Lyon, 5 janv. 1900, *Mon. jud. Lyon*, 2 mars 1900. — Trib. civ. Bordeaux, 7 janv. 1902, *Rec. Bordeaux*, 1902. 3. 37. — Laurent, XVI, n. 78 ; Troplong, n. 50 ; Ponsot, n. 56 ; Guillouard, n. 18 et 52 ; Fuzier-Herman. *C. civ.*, *annoté*, art. 1129, n. 7 et les autorités citées aux notes suivantes.

ment des avances que le débiteur se fera consentir par un banquier [1], ou des achats qu'il fera [2], ou de ce que le débiteur principal peut devoir actuellement [3].

Il n'est même pas nécessaire que la caution connaisse ni que l'acte de cautionnement indique le créancier [4]. On dit qu'en pareille hypothèse il n'y a qu'une offre de cautionnement, qui pourra être rétractée jusqu'au moment où l'obligation principale aura été contractée [5]. Nous sommes d'avis contraire : l'offre, une fois acceptée par le débiteur, constitue un engagement de cautionner et ne peut plus être rétractée, même, comme nous l'avons montré, vis-à-vis du créancier.

§ III. *Sort du cautionnement donné sur une obligation qui n'est pas susceptible d'être cautionnée.*

952. De ce que le cautionnement ne peut exister sur une obligation nulle, résulte-t-il que l'engagement de la caution, nul comme cautionnement, ne peut valoir à aucun titre ?

Oui, si la caution a ignoré la nullité de l'engagement principal ; l'engagement de la caution est nul alors pour erreur sur la nature de son obligation ; car cette obligation ne pourrait valoir, ainsi que nous allons le montrer, que comme engagement principal, et la caution n'a pas entendu s'engager d'une manière principale.

Mais l'engagement de la caution est valable et devient un engagement principal si elle connaissait la nullité de l'enga-

(1) Cass., 16 juin 1846, S., 46. 1. 440, D., 46. 1. 284. — Cass., 10 juin 1870, S., 70. 1. 157, D., 70. 1. 61. — Paris, 15 janv. 1831, S., 31. 2. 198. — Metz, 28 mars 1833, S., 35. 2. 49, D. *Rép.*, v° *Oblig.*, n. 144. — Paris, 31 mai 1845, S., 47. 2. 19. — Duranton, XVIII, n. 297 ; Pont, II, n. 29 ; Aubry et Rau, IV, p. 674, § 423, note 6 ; Guillouard, n. 18 ; Fuzier-Herman, *op. cit.*, art. 1129, n. 9 s.

(2) Guillouard, n. 18.

(3) Grenoble, 10 juin 1825. S. chr., D. *Rép.*, v° *Caut.*, n. 67. — Laurent, *loc. cit.* ; Fuzier-Herman, *op. cit.*, art. 1129, n, 7.

(4) Cass., 9 nov. 1875, S., 76. 1. 153, D., 76. 1. 117. — Guillouard, n. 18 et 58 *ter*.

(5) Guillouard, n. 18, 28 et 58 *ter*.

gement du débiteur principal. Dans ce cas la caution n'a évidemment pas voulu contracter un engagement accessoire, puisqu'elle savait qu'après payement elle n'aurait aucun recours contre le débiteur. A moins de lui attribuer la pensée d'avoir voulu contracter elle-même un engagement nul, ce qui est contraire aux principes, on doit supposer qu'elle a voulu s'engager à payer la prétendue dette principale.

Toutefois cette dernière solution ne doit pas être admise d'une manière absolue ; il se peut que la caution, s'engageant en garantie d'une dette qu'elle savait nulle, ait envisagé l'éventualité où la nullité ne serait pas invoquée par le débiteur ; dans ce cas évidemment, la nullité de l'engagement principal entraîne la nullité du cautionnement.

Cette intention ne doit pas être facilement supposée.

953. D'un autre côté le cautionnement d'une donation nulle pour vice de forme est nul en toute hypothèse (1); car de ce que la caution s'est engagée sans espoir de recours, il suit qu'elle s'est elle-même constituée donateur, et cette donation n'est pas revêtue des formes légales.

954. La caution a le droit d'invoquer les exceptions inhérentes à la dette de son propre chef et non pas seulement du chef du débiteur, puisque la loi permet à la caution d'opposer les exceptions ; et cela est exact même des nullités relatives, comme les vices du consentement (2). La renonciation que celui-ci aurait faite au bénéfice de l'exception ne pourrait donc pas être opposée à la caution (3). C'est déjà ce que décidait le droit romain (4).

955. Si l'obligation cautionnée est seulement nulle ou annulable, tant que le sort de l'obligation sera en suspens il en sera de même du sort du cautionnement. Le jour où la nullité de l'obligation principale sera couverte, par exemple par une ratification expresse, le cautionnement deviendra définitivement valable. Si au contraire l'obligation succombe sous

(1) Vidal, *op. cit.*, p. 379.

(2) Aubry et Rau, IV, p. 684, § 426, note 17 ; Laurent, XXVIII, n. 300; Guillouard, n. 58 *bis*, 162 et 232. — Cass., 22 nov. 1825, S. chr.

(3) Mêmes auteurs. — *Contra* Cass., 12 fév. 1840, S., 40. 1. 529. — Cpr. Cass. 10 juill. 1849, S., 49. 1. 577.

(4) L. 19, D., *De exrc.*, 44. 1.

le coup de l'action en nullité, le cautionnement tombera avec elle.

956. La caution peut intervenir dans l'instance engagée entre le débiteur et le créancier au sujet des exceptions opposées par le premier (1).

Elle peut également former tierce-opposition au jugement rendu, sur ces exceptions, contre le débiteur principal (2), ou profiter de ce jugement.

Ainsi la caution condamnée, par un jugement qui prononce la résiliation du bail, aux loyers échus, ne peut être tenue de payer des loyers postérieurs à la résiliation (3).

§ IV. *Cautions qui peuvent se prévaloir de la nullité de l'engagement principal.*

957. La caution solidaire peut, comme la caution simple, opposer les exceptions inhérentes à la dette (4).

La caution solidaire n'est donc pas tenue si la dette principale est annulable (5).

Il en est autrement toutefois dans l'opinion qui assimile cette caution à un débiteur solidaire (6).

958. Le certificateur de caution peut également invoquer les exceptions de la caution (7).

SECTION V

INFLUENCE DE LA NULLITÉ D'UN CAUTIONNEMENT OU D'UNE AUTRE OBLIGATION ACCESSOIRE SUR LES ENGAGEMENTS DE LA CAUTION

959. Une caution peut-elle faire réduire son engagement, en se fondant sur la nullité de l'engagement d'une autre cau-

(1) Aubry et Rau, IV, p. 684, § 426, note 15 ; Guillouard, n. 162.

(2) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

(3) Trib. civ. Lyon, 17 nov. 1893, *Mon. jud. Lyon*, 3 janv. 1894.

(4) Toulouse, 14 août 1828, S. chr. — Duranton, XVIII, n. 332 ; Ponsot, n. 368 ; Troplong, II, n. 522 ; Pont, II, n. 416 ; Laurent, XXVIII, n. 297 ; Guillouard, n. 231. — *Contra* Colmar, 16 juin 1821, S. chr.

(5) Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 43, n. 31, p. 47, n. 35 et p. 51, n. 37.

(6) Cpr. Fournier, *locc. citt.*

(7) Trib. féd. suisse, 5 juill. 1895, S., 96. 4, 12.

tion, et dans la mesure où elle aurait pu, si cette nullité n'avait pas existé, recourir contre la caution dont l'engagement est nul? Elle ne le peut certainement pas si elle a connu la nullité au moment de contracter; elle ne le peut pas davantage, à notre avis, dans le cas contraire, parce que l'erreur dont elle a été victime a été tout au plus une erreur sur les motifs qui l'ont portée à contracter. Il en est ainsi, par exemple, si l'engagement d'une autre caution est nul comme ayant été contracté par un incapable [1].

Toutefois il en est autrement si la caution dont l'engagement est nul a été indiquée à la caution dont l'engagement est valable par le créancier lui-même; dans ce cas l'engagement de la caution qui s'est valablement obligée doit être réduit d'une portion égale à la part de dette qui aurait, si l'engagement de l'autre caution avait été valable, pesé sur cette dernière [2].

960. Il va sans dire que si, expressément ou tacitement, la caution s'est engagée sous la condition qu'une autre caution s'engagerait aussi, pour supporter avec elle le poids de la dette, la nullité de l'engagement de cette dernière caution peut être invoquée par la première [3].

961. Dans tous les cas où l'une des cautions peut invoquer la nullité de l'engagement d'une autre caution, elle n'a le droit d'invoquer cette nullité, si elle est relative, qu'après qu'elle a été prononcée en justice, et que le jugement d'annulation est passé en force de chose jugée [4]; car il est de principe que jusque-là une convention frappée de nullité relative produit tous les effets d'un contrat valable.

Nous admettons même cette solution, quoiqu'elle soit ici plus douteuse, si la nullité qui affecte l'engagement de l'autre caution est absolue; la seule différence de la nullité absolue avec la nullité relative, c'est qu'elle peut être invoquée par tous ceux contre lesquels l'exécution du contrat est demandée; par suite, tant que la caution dont l'engagement est nul

(1) Trib. féd. suisse, 5 juill. 1895, précité (femme mariée non autorisée).
(2) Trib. féd. suisse, 5 juill. 1895, précité.
(3) Guillouard, n. 165.
(4) V. cep. Trib. féd. suisse, 5 juill. 1895, précité.

ou le créancier ne se sont pas prévalus de la nullité, les autres cautions ne peuvent en tirer parti.

962. Le certificateur de caution peut faire annuler son engagement si, sans qu'il l'ait su, la caution était, en même temps, au nombre des obligés principaux (1).

963. La caution ne peut faire annuler son engagement en se fondant sur ce qu'elle s'est laissée déterminer par l'existence d'une hypothèque consentie par le débiteur et sur ce que cette hypothèque s'est trouvée nulle, les biens hypothéqués n'appartenant pas au débiteur (2). L'existence de l'hypothèque n'a pu être pour la caution que le motif de s'engager et l'erreur sur les motifs n'est pas une cause de nullité. On objecte qu'il y a erreur sur la substance. Ce n'est pas notre avis : la substance de l'obligation de la caution, c'est le montant de l'obligation cautionnée.

A plus forte raison le cautionnement subsiste-t-il si une partie seulement des immeubles hypothéqués n'appartenait pas au débiteur. On a dit que le cautionnement doit être réduit dans la proportion où l'hypothèque se trouve nulle et on s'est fondé sur la considération, tirée d'une prétendue erreur sur la substance, que nous venons de réfuter (3). D'ailleurs l'erreur sur la substance ne produit-elle pas, en tout cas, la nullité de l'obligation ? Jamais il n'a été question de réduire simplement l'obligation contractée sous l'influence d'une erreur sur la substance.

SECTION VI

DE LA MANIÈRE DONT LA CAUTION PEUT S'ENGAGER

964. « *Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû* « *par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus* « *onéreuses. — Il peut être contracté pour une partie de la* « *dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.* —

(1) Trib. civ. Chaumont, 19 janv. 1892, *Loi*, 1er fév. 1892 (caution qui est membre de la société débiteur principal).

(2) *Contra* Cass. req., 30 juil. 1894, S., 95. 1. 72, D., 95. 1. 340. — Douai, 9 fév. 1893, D., 94. 2. 43.

(3) Cass. req., 30 juil. 1894, précité. — Douai, 9 fév. 1893, précité.

« *Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté* « *sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul ; il est* « *seulement réductible à la mesure de l'obligation princi-* « *pale.* » (art. 2013) (1).

La loi romaine nous en donne la raison : *nec plus in accessione esse potest quam in principali re* (2).

Comme le disait Pothier (3), le caractère plus onéreux de l'engagement de la caution s'estime *quantitate, die, loco, conditione, modo.*

Ainsi la caution ne peut promettre une somme plus forte que le débiteur principal (4), par exemple s'engager au payement des intérêts capitalisés alors que le débiteur principal ne doit payer que les intérêts simples (5), ou promettre des intérêts plus élevés que ceux promis par le débiteur principal (6).

La caution ne peut s'engager pour un terme plus rapproché que le débiteur principal (7). Cela était admis déjà dans l'ancien droit (8).

Elle ne peut s'obliger à payer dans un lieu plus éloigné que le débiteur principal (9). Cela était admis tant en droit romain (10) que dans l'ancien droit (11).

Elle ne peut s'obliger purement et simplement quand le débiteur principal n'est tenu que sous condition ou à terme (12). Ainsi la caution ne peut garantir la restitution de

(1) Domat, liv. III, tit. IV, sect. 1, n. 5 ; Pothier, n. 370 ; Argou, liv. IV, ch I, II, p. 378.

(2) § 5, Inst., *De fid.*, 3. 21 ; Argou, *loc. cit.* ; Pothier, *loc. cit.* Il y avait exception pour le pacte de constitut., L. 3, § 2 et 4, D., *De pec. constit.* ; Bodin, *Rev. hist. du dr.*, XII, 1866, p. 213. — V. cep. Cujas, *Ad Pand.*, L. 4, 10. 13.

(3) N. 370.

(4) Guillouard, n. 62.

(5) Cass., 2 fév. 1886, S., 87. 1. 5, D.. 86. 1. 233. — Guillouard, n. 62.

(6) Trib. civ. Annecy, 20 oct. 1887, *Loi*, 11 déc. 1887.

(7) Guillouard, n. 63.

(8) Pothier, n. 372.

(9) Guillouard, n. 63.

(10) L. 16, § 2, D., *De fid.*, 46. 1.

(11) Pothier, n. 373.

(12) Argou, *loc. cit.* ; Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 43, n. 31, p. 47, n. 35, et p. 51, n. 37 ; Guillouard, n. 64.

l'apport d'un associé alors que cette restitution ne peut être exigée que sous certaines conditions (1).

965. Il va sans dire que le cautionnement peut être contracté sous des conditions moins onéreuses que la dette principale (2), par exemple sous un terme plus éloigné (3) ou pour une portion de la dette (4).

C'est ce que dit expressément l'article 2013.

De même le cautionnement d'une dette pure et simple peut être à terme (5) ou conditionnel (6).

La caution peut également choisir un lieu plus commode pour le paiement (7).

966. On décide que l'article 2013 ne s'oppose pas à ce que la caution s'engage d'une manière plus dure que le débiteur principal si, d'autre part, elle obtient des avantages que n'avait pas le débiteur principal (8).

Ainsi la caution pourrait s'engager à payer des intérêts pour une dette non productive d'intérêts, si elle obtient pour le paiement un terme plus long que le débiteur (9). Nous adoptons, avec la cour de cassation, l'opinion contraire (10) ; la loi est formelle ; on a ainsi l'avantage d'éviter des difficultés de fait, Domat, qu'on a invoqué en sens contraire, ne traite pas la question (11).

(1) Paris, 24 juin 1876, D., 82. 5. 59. — Guillouard, n. 62.

(2) L. 9, D, *De fid.*, 46. 1 ; § 5, Inst., *De fid.*, 3.21. — Domat, liv. III, tit, IV, sect. 1, n. 6 ; Guillouard, n. 12 et 60 ; Eck, *loc. cit.*

(3) Domat, liv. III, tit. IV, sect. 1, n. 6 ; Guillouard, n. 12 et 60.

(4) Cass. civ., 12 novembre 1890, S., 91. 1. 55, D., 92.1. 19. — Guillouard, n. 12.

(5) Guillouard, n. 15.

(6) Bordeaux, 13 déc. 1894, *Rec. Bordeaux*, 95. 1. 94. — Domat, *loc. cit.* : Guillouard, n. 15 et 60.

(7) Domat, *loc. cit.*

(8) Ponsot, n. 95 ; Troplong. n. 101 ; Guillouard, n. 62.

(9) Mêmes auteurs.

(10) Cass. civ., 2 fév. 1886 (2e arrêt), S., 87. 1. 5. D., 86 1. 233 (on ne peut imposer à la caution la capitalisation des intérêts non exigée du débiteur principal, alors même que le paiement des intérêts aurait été stipulé devoir être fait à une époque plus reculée). — Labbé, *Note*, S., 87. 1. 5.

(11) Il dit seulement (liv. III, tit. IV, sect. 1, n. 5) que l'engagement de la caution, supérieur à l'obligation principale, est valable comme obligation principale.

On objecte qu'en ce cas la caution est débiteur principal pour l'excédent de son obligation sur la dette principale. L'argument peut être exact, suivant l'intention des parties ; mais il conduit à décider que l'engagement de la caution peut être valable même si elle n'obtient aucune compensation.

L'obligation de la caution peut être plus étroite et mieux garantie que celle du débiteur principal (1). C'était la solution de l'ancien droit ; elle ne déroge pas à l'article 2013, car elle ne consiste pas dans un engagement plus étendu de la caution.

Ainsi la caution peut hypothéquer ses immeubles en garantie de la dette, alors que la dette principale est chirographaire (2).

De même nous avons montré que la caution d'une obligation naturelle peut s'obliger civilement.

967. En sa qualité de contrat accessoire, le cautionnement ne peut porter sur un objet autre que celui de la dette principale (3). Cela était admis en droit commun (4).

On admet, à la suite de Pothier (5), que le cautionnement peut porter sur une somme d'argent alors que la dette principale consiste en denrées dont le prix est fixé par les mercuriales, parce que cette dette est assimilée aux dettes en argent, l'article 1291 permettant de compenser la dette consistant en denrées cotées aux mercuriales avec la dette d'une somme d'argent (6).

968. La caution solidaire elle-même ne peut être engagée sous des conditions plus onéreuses que le débiteur principal, par exemple purement et simplement quand le

(1) Argou, liv. IV, ch. I, II, p. 379 ; Pothier, n. 376 ; Guillouard, n. 14 et 64.

(2) Pothier, n. 377 ; Argou, *loc. cit.*, ; Duranton, XVIII, n. 311 s. : Troplong, n. 108 s. ; Pont, II, n. 78 ; Aubry et Rau. IV, p. 673, § 423, note 4 ; Laurent, XXVIII, n. 162 ; Guillouard, n. 64.

(3) Guillouard, n. 12 et 65 ; Eck, *loc. cit.*

(4) L. 8, § 8, D., *De fid.* — Cependant on décidait le contraire pour le pacte de constitut. L. 1 § 5. D., *De pec. constit.*

(5) N. 363.

(6) Guillouard, n. 65.

débiteur principal est engagé à terme ou sous condition [1]. Il en est autrement toutefois dans l'opinion qui regarde cette caution comme un débiteur solidaire [2].

969. Il est à peu près certain qu'en droit romain le cautionnement supérieur en étendue à l'obligation principale était entièrement nul [3]. Dans l'ancien droit il était simplement réductible [4], et telle est encore la solution expressément adoptée par l'article 2013; seule elle est rationnelle et commandée par le caractère accessoire du cautionnement [5].

970. On ne peut cependant accepter sans distinction la solution donnée par la loi au sujet du sort du cautionnement excédant l'obligation principale ou contracté sous des conditions plus onéreuses [6].

Le cautionnement est réductible évidemment, comme le dit l'article 2013, si la caution a ignoré qu'elle s'engagerait au-delà de l'obligation principale.

Il est également réductible si la caution s'est engagée à titre de caution pour le tout, c'est-à-dire en se réservant contre le débiteur principal un recours qui, pour l'excédant de sa dette sur la dette principale, ne peut lui être accordé.

Dans le cas contraire le contrat sera, s'il est inspiré par une pensée gratuite, un cautionnement jusqu'à concurrence de la dette principale, et une promesse de donation pour le surplus [7]. C'est sans doute à cette hypothèse que faisait allusion Domat quand il décidait que la caution qui s'engage à payer plus que le débiteur principal est débiteur principal pour l'excédent [8].

Si le recours a été permis à la caution même pour ce qui excède la dette principale, il y aura cautionnement jusqu'à

(1) Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1837, p. 43, n. 31, p. 47, n. 35 et p. 51, n. 37.
(2) Cpr. Fournier, *loc. cit.*
(3) L. 8, § 6, D., *De fid.*. 46, 1 : « placuit eos omnino non obligari ».
(4) Pothier, n. 375.
(5) Guillouard, n. 59.
(6) D'après Eck, *loc. cit.*, en pareil cas, « le contrat cesse d'être un cautionnement pour devenir une promesse de donation, une novation ou un contrat innommé. »
(7) Labbé. *Note*, S., 87. 1. 7.
(8) Liv. III, tit. IV, sect. 1, n. 5.

concurrence de cette dernière et contrat innommé pour le surplus. Elle pourra aussi être porte-fort pour le surplus [1].

Mais toutes ces solutions ne se présument pas [2].

Le prétendu cautionnement qui porte sur un objet autre que celui du contrat est une promesse accessoire de dation en paiement [3] ; c'est tout à fait à tort que certains auteurs [4] le considèrent comme nul.

CHAPITRE III

OBLIGATIONS DU DÉBITEUR QUI EST FORCÉ DE FOURNIR UN CAUTIONNEMENT

971. Toute la valeur du cautionnement dépend de la solvabilité de la caution. Cela posé, on comprend que le débiteur, obligé de fournir caution, ne peut pas s'acquitter de son obligation en procurant l'engagement d'une personne quelconque.

La caution offerte par le débiteur doit donc remplir certaines conditions. La loi les indique dans les articles 2018 et 2019, applicables, non pas seulement aux cautions conventionnelles, comme pourrait le donner à penser la place qu'ils occupent, mais aussi aux cautions légales et aux cautions judiciaires ; car l'article 2040 dit :

« *Toutes les fois qu'une personne est obligée, par la loi ou* « *par une condamnation, à fournir une caution, la caution* « *offerte doit remplir les conditions prescrites par les arti-* « *cles* 2018 *et* 2019 » (art. 2040 al. 1).

Il va sans dire que si le créancier a accepté une caution ne répondant pas à ces conditions, il ne peut demander son remplacement par une autre [5].

(1) Cass. civ., 2 fév. 1886, S., 87. 1. 5. — Labbé, *Note*, S , 87. 1. 5.
(2) Cass. civ., 2 fév. 1886, précité. — Labbé, *loc. cit.*
(3) Eck, *loc. cit.*
(4) Guillouard, n. 65.
(5) Guillouard, n. 85.

SECTION PREMIÈRE

CONDITIONS AUXQUELLES DOIT RÉPONDRE LA CAUTION

972. Aux termes de l'article 2018 : « *Le débiteur obligé à « fournir une caution doit en présenter une qui ait la capa- « cité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre « de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le « ressort de la cour d'appel où elle doit être donnée.* »

Il faut donc que la caution offerte par le débiteur satisfasse à trois conditions pour que le créancier soit tenu de l'accepter. Elle doit :

1° *Être capable de contracter.* Nous avons montré plus haut ce qu'il faut entendre par là (1).

2° *Être domiciliée dans le ressort de la cour d'appel où le cautionnement doit être fourni.* Si le domicile de la caution était trop éloigné, les poursuites à exercer contre elle, au cas d'inexécution de l'obligation par le débiteur, pourraient être trop onéreuses et trop difficiles pour le créancier (2). Du reste, cette règle pourrait être supprimée sans inconvénient aujourd'hui, la facilité des communications la rendant sans objet (3). Aussi la plupart des législations étrangères l'ont-elles modifiée ou écartée. (4).

La cour d'appel dont parle l'article 2018 est celle dans le ressort duquel est domicilié le débiteur (5), car c'est au domicile du débiteur que l'obligation doit être exécutée (C. civ., art. 1247).

(1) V. *supra*, n. 935 s.

(2) L. 2, D., *Qui satisd.* — Pothier, n. 390. — Exposé des motifs de Treilhard, Fenet, XV, p. 39. — Rapport de Chabot au Tribunat, Fenet, XV, p. 51.

(3) Guillouard, n. 104.

(4) *Allemagne.* Le C. civ. n'exige que la condition du domicile dans l'Empire (art. 239). — *Bas-Canada.* C. civ., 1938. Il suffit que la caution soit domiciliée au Canada. — *Espagne.* C. civ., 1828. Il n'y a pas de condition de domicile, mais la caution est soumise à la juridiction du tribunal du lieu où l'obligation principale doit s'exécuter. — *Hollande.* C. civ., 1864. Il suffit que la caution soit domiciliée dans le royaume. — *Portugal.* C. civ., 824. Pas de condition de domicile. — *Suisse.* Pas de condition de domicile.

(5) Ponsot, n. 159 ; Pont, II, n. 131.

Dans une autre opinion, il s'agirait du domicile du créancier (1) ; on invoque en ce sens l'autorité de Pothier, qui ne s'exprime pas nettement et d'ailleurs ne parle que de la caution conventionnelle (2). On ajoute que l'article 2018 est conçu dans un esprit de faveur pour le créancier ; mais n'est-ce pas la faveur la plus grande qu'on puisse lui donner que de lui fournir une caution susceptible d'être actionnée devant le même tribunal que le débiteur ?

973. On soutient que la caution satisfait au vœu de l'article 2018 en élisant domicile dans le ressort de la cour d'appel (3). Mais cette opinion n'est pas très sûre, en présence des termes de la loi ; il faut, d'ailleurs, observer que le domicile élu ne produit pas tous les effets du domicile effectif.

974. Si la caution domiciliée dans le ressort de la cour d'appel change de domicile, le créancier peut exiger une nouvelle caution (4). L'article 2018 repose, en effet, sur son intention présumée et cette intention est évidemment, non pas que la caution soit domiciliée dans ce ressort au moment où elle s'engage, mais surtout qu'elle y soit domiciliée au moment où des poursuites seront dirigées contre elle. D'autre part, l'article 2020 montre que la caution doit, dans tout le cours de son engagement, satisfaire aux conditions que la loi exige au moment où elle contracte.

975. 3° *La caution doit être solvable* (5), ou, suivant le langage de l'article 2018, avoir « un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation ».

Afin de laisser le moins de place possible à l'arbitraire

(1) Troplong, n. 193 et 194 ; Laurent, XXVIII, n. 193 ; Guillouard, n. 108.

(2) N. 391.

(3) Guillouard, n. 105 et 106.

(4) Duranton, XVIII, n. 325 ; Aubry et Rau, IV, p. 679, § 425 ; Laurent XXVIII, n. 198 ; Guillouard, n. 106. — *Contra* Ponsot, n. 165 ; Troplong, n. 200 ; Planiol, II, n. 2337 ; les deux premiers de ces auteurs font exception pour le cas où la caution fuit à raison de motifs politiques ou de poursuites judiciaires.

(5) Dans l'ancien droit on décidait que si le jugement exigeait *une bonne et suffisante caution*, la caution fournie devait être solvable et posséder des immeubles dans le ressort du tribunal (Louet, let. C, n. 9. — Argou, liv. IV, ch. I, II, p. 377). Mais si le jugement exigeait simplement une caution, on pouvait présenter une personne quelconque comme caution. — Argou, *loc. cit.*

du juge, la loi détermine les éléments qu'il devra prendre en considération pour apprécier la solvabilité de la caution. On lit à ce sujet dans l'article 2019 al. 1 : « *La solvabilité « d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés fon- « cières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette « est modique.* »

La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses PROPRIÉTÉS FONCIÈRES : ce qui ne permet pas au juge de prendre en considération les valeurs mobilières même immobilisées appartenant à la caution. Encore un écho de la maxime *Res mobilis res vilis*, sous l'inspiration de laquelle notre législateur a inséré dans le code civil un si grand nombre de dispositions qu'il serait désirable d'en voir disparaître ; quoique cette exigence ne se justifie plus (1), elle est répétée par plusieurs législations étrangères. L'exception que la loi établit pour le cas où la dette est modique, s'explique d'elle-même, et celle relative au commerce est fondée sur ce que les commerçants les plus riches n'ont souvent qu'une fortune exclusivement mobilière, aussi peut-être sur ce que la célérité nécessitée par les affaires commerciales empêche que les tribunaux ne puissent examiner la valeur des immeubles possédés par la caution (2).

976. La question de savoir si une dette est « modique » est une question de fait que les juges décident souverainement (3).

977. L'exception relative au commerce concerne le cas où la dette principale est commerciale, sans que la qualité de la caution ait la moindre importance (4). Cela est conforme au sens naturel des mots « en matière de commerce », car une caution donnée en matière de commerce est une caution donnée pour garantir une dette commerciale. D'autre

(1) Troplong, n. 204 ; Pont, II, n. 123; Laurent, XXVIII, n. 188 ; Guillouard, n. 86. — Cpr. Pothier, n. 390. Il dit que les immeubles s'aliènent plus difficilement et sont soumis au droit de suite en cas d'hypothèque. — Treilhard (Exposé des motifs, Fenet, XV, p. 40) soutient que la solvabilité résultant d'immeubles est seule « constante et assurée ».

(2) Pont, II, n. 119 ; Guillouard, n. 87.

(3) Pont, II, n. 118 ; Guillouard, n. 88.

(4) Pont, II, n. 120 ; Laurent, XXVIII, n. 189 ; Guillouard, n. 88.

part, cette solution est seule conforme au double but que nous avons assigné à cette deuxième exception.

Aussi faut-il rejeter un système d'après lequel il y a lieu d'examiner uniquement si celui qui fournit le cautionnement est commerçant (1). Il serait d'ailleurs irrégulier que le débiteur pût à son gré déterminer, en choisissant ou non une caution qui exerce le commerce, les conditions auxquelles cette dernière doit répondre.

Toutefois certains auteurs approuvent cette dernière solution au point de vue législatif (2) ; la considération qui précède nous empêche d'adopter leur avis (3).

978. La loi ajoute : « *On n'a point égard aux immeubles « litigieux, ou dont la discussion deviendrait trop difficile « par l'éloignement de leur situation* » (art. 2019 al. 2).

Le juge est investi d'un large pouvoir d'appréciation sur le point de savoir quels sont les immeubles dont il ne faut pas tenir compte à raison de leur éloignement (4).

En droit, rien ne s'oppose à ce que le juge tienne compte d'immeubles situés hors du ressort de la cour d'appel où la caution est donnée (5). Treilhard, à la vérité, dans son exposé des motifs (6), dit le contraire, mais il confond évidemment notre question avec celle du domicile de la caution.

De même, le juge du fait décide souverainement si un immeuble est litigieux (7). Il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1700, relatif au retrait litigieux, d'après lequel une chose n'est litigieuse que s'il y a contestation sur sa propriété; l'immeuble peut donc être litigieux, dès qu'un litige est possible (8).

(1) Troplong, n. 206 (il cite en ce sens Bartole et Marsili).

(2) Laurent, *loc. cit.*

(3) Guillouard, *loc. cit.*

(4) Guillouard, n. 90.

(5) Cass., 14 mars 1838, S., 38. 1. 416. — Turin, 13 avril 1808, S. chr. — Duranton, XVIII, n. 326 et 327 ; Ponsot, n. 156 ; Troplong, n. 211 ; Pont. II, n. 124 ; Aubry et Rau, IV, p. 678, § 425, note 8 ; Laurent, XXVIII, n. 192 ; Guillouard, n. 90.

(6) Fenet, XV, p. 39.

(7) Colmar, 31 août 1810, S. chr., D. *Rép.*, v° *Caut.*, n. 131. — Duranton, XVIII, n. 326 ; Ponsot, n. 145 ; Troplong, n. 209 s.; Pont, II, n, 124 s.; Aubry et Rau, IV, p. 678, § 425, note 7 ; Laurent, XXVIII, n. 190 ; Guillouard, n. 91.

(8) Guillouard, n. 91.

L'immeuble dont la caution est propriétaire, mais qui peut sortir de ses mains par une action en résolution, est-il litigieux ? On l'admet avec raison (1), parce qu'un procès est possible qui anéantisse le droit de la caution.

979. Les immeubles doivent être estimés d'après la valeur nette qu'ils représentent entre les mains de la caution.

Ainsi l'immeuble grevé d'un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation doit être estimé sous déduction de la valeur de ce droit (2). Mais on ne peut l'écarter entièrement comme immeuble litigieux (3).

Il en est de même d'un immeuble grevé de privilèges ou d'hypothèques (4).

Si tous les immeubles de la caution sont grevés d'une hypothèque générale, il n'y a pas lieu non plus de les écarter; le tribunal appréciera l'importance actuelle et future des créances garanties par l'hypothèque générale pour établir le montant de la valeur des immeubles (5).

Quoique la solvabilité de la caution s'apprécie d'après la valeur de ses immeubles, elle n'est pas obligée de fournir au créancier une hypothèque sur ces immeubles (6).

980. En cas de contestation, c'est au débiteur, en sa qualité de demandeur en acceptation de caution, qu'il appartient de prouver la solvabilité de la caution qu'il offre (7).

On admet que si le créancier soutient que les immeubles sont grevés d'une hypothèque qui en absorbe le prix, ou même que ces immeubles ne sont pas d'une valeur suffisante, il doit le démontrer (8).

981. Quant à la caution, quoi qu'ait dit Pothier (9), elle

(1) Colmar, 31 août 1810, précité. — Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

(2) Ponsot, n. 151 ; Troplong, n. 209 ; Pont, II, n. 127 ; Aubry et Rau, IV, p. 679, § 425 ; Laurent, XXVIII, n. 191 ; Guillouard, n. 92.

(3) Mêmes auteurs.

(4) Mêmes auteurs.

(5) Bourges, 7 mai 1845, S., 47. 2. 159, D., 47. 2. 46, — Rouen, 19 mars 1870, S., 70. 2. 296, D., 71. 2, 190. — Riom, 11 juin 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 39.

(6) Laurent, XXVIII, n. 187 ; Guillouard, n. 102.

(7) Guillouard, n. 93.

(8) Riom, 11 juin 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 39. — Guillouard, n. 93.

(9) N. 390.

n'a aucune preuve à fournir (1). Elle n'est même pas recevable à intervenir dans l'instance engagée entre le créancier et le débiteur au sujet de sa solvabilité (2).

982. Le débiteur, obligé de fournir caution, en a présenté une qui remplit les conditions légales ; le créancier l'a acceptée, volontairement ou à la suite d'un débat judiciaire dans lequel il a succombé ; cette caution devient plus tard insolvable. Le créancier peut-il en exiger une autre ? La loi lui accorde ce droit, considérant sans doute qu'il a été tacitement convenu entre les parties que la dette serait toujours garantie ; or elle ne l'est plus, du jour où la caution est devenue insolvable (3). Dans un seul cas la loi refuse au créancier le droit d'exiger une nouvelle caution ; c'est celui où la convention imposait au débiteur, non pas d'une manière générale l'obligation de fournir une caution, mais l'obligation spéciale de fournir le cautionnement d'une personne déterminée, choisie et exigée par le créancier lui-même. La règle et l'exception sont écrites dans l'article 2020, qui résumera tout ce que nous venons de dire : « *Lorsque la caution reçue par le « créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue « insolvable, il doit en être donné une autre. Cette règle re- « çoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été « donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créan- « cier a exigé une telle personne pour caution.* »

A Rome, il semble que la caution judiciaire ou légale devait seule être remplacée en cas d'insolvabilité (4). Pothier étendait cette solution à la caution conventionnelle, mais seulement pour le cas où elle était donnée en exécution d'une obligation antérieure de fournir une caution sans indication du nom de la caution (5). Le projet du Code civil revenait à

(1) Paris, 15 avril 1820, S. chr. — Ponsot, n. 143 et 144 ; Pont, II, n 118 ; Guillouard, n. 93.

(2) Riom, 11 juin 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 39. — Guillouard, n. 93.

(3) Rapport de Chabot au Tribunat, Fenet, XV, p. 51 ; Guillouard, n. 75.

(4) L. 10, § 1. D., *Qui satis. cog.*, 2. 6. — L. 3, D., *De fid.*, 46. 1. — L. 3. D., *De præt. stip.*, 44. 5.

(5) N. 391.

la solution du droit romain, mais sa disposition fut vivement attaquée (1).

983. Pour que l'article 2020 s'applique, il n'est pas nécessaire que le débiteur se soit expressément engagé à fournir une caution ; il suffit que son obligation soit implicite (2).

Mais l'article 2020 ne s'applique pas si la caution a été bénévolement offerte par le débiteur, qui n'y était pas obligé (3) ; on ne peut lui reprocher d'avoir fourni une caution insolvable, alors qu'il n'avait pas à offrir de caution.

984. Si le créancier a reçu une caution dont il connaissait l'insolvabilité, il ne peut demander ensuite son remplacement (4).

Mais il peut demander le remplacement de la caution déjà insolvable au moment où il l'a reçue, et dont il ignorait l'insolvabilité (5). Il est vrai que l'article 2020 vise le cas où la caution est « ensuite devenue insolvable », mais ses motifs commandent d'étendre sa solution. On objecte encore que le créancier a accepté la caution ; mais n'a-t-il pas également accepté la caution dont l'insolvabilité est postérieure au jour où il l'a reçue ?

985. La caution devient insolvable au sens de l'article 2020, lorsqu'elle cesse de satisfaire aux conditions de solvabilité prescrites par l'article 2019 (6). Cela résulte du lien qui unit l'article 2020 à celui qui le précède ; le système contraire, qui exige, pour que le remplacement de la caution puisse être demandé, son insolvabilité absolue, son indigence, méconnaît à la fois ce rapprochement et le motif pour lequel la loi a autorisé le créancier à demander le remplacement d'une caution insolvable. En vain dit-on que le débiteur peut difficilement remplacer la caution au moment où il ne s'attendait pas à l'injonction qui lui est adressée ; cette objection

(1) Fenet, XV, p. 5.
(2) Angers, 6 fév. 1880, S., 82. 2. 215. — Guillouard, n. 96.
(3) Troplong, n. 216 ; Pont, II, n. 140 ; Guillouard, n. 96.
(4) Domat, liv. III, sect. I, n. 15. — V. *supra*, n. 982.
(5) *Contra* Pont, II, n. 135 ; Guillouard, n. 97.
(6) Pont, II, n. 144 s. ; Laurent, XXVIII, n. 196 ; Guillouard, n. 98. — *Contra* Ponsot, n. 166 ; Troplong, n. 217 et 219.

est aussi vraie si la caution devient entièrement insolvable que si elle le devient au sens de l'article 2019.

986. Le débiteur peut se contenter de fournir une caution supplémentaire, de manière que la solvabilité réunie des deux cautions soit égale à celle qu'offrait, au moment où elle a été fournie, la caution primitive (1). L'esprit de la loi est d'accord avec cette solution, qui ne préjudicie pas au créancier, et à l'appui de laquelle on peut invoquer l'article 2131, où le constituant d'une hypothèque puise le droit, en cas de dépréciation de l'immeuble hypothéqué, d'offrir un supplément d'hypothèque.

987. La mort de la caution n'équivaut pas à son insolvabilité, et ne permet pas au créancier d'exiger une caution nouvelle, puisque aux termes de l'article 2017, les engagements de la caution passent à ses héritiers (2).

988. La confusion opérée entre les qualités de débiteur principal et de caution ne permet pas non plus au créancier d'exiger un supplément de caution (3). Si, en droit, le cautionnement est éteint, le créancier a néanmoins pour gage les deux patrimoines du débiteur et de la caution; d'ailleurs il peut éviter la confusion en demandant la séparation des patrimoines.

989. Une caution ne peut être refusée à cause de son caractère processif (4), ou de son défaut d'honorabilité (5), ou parce qu'elle est de nationalité étrangère (6).

990. Nous ne mentionnerons que pour mémoire la disposition de l'article 2040 alinéa 2: « *Lorsqu'il s'agit d'un cau-* « *tionnement judiciaire, la caution doit, en outre, être sus-*

(1) Ponsot, n. 169; Troplong, n. 218; Laurent, XXVIII, n. 197 ; Guillouard, n. 99.

(2) Trib. civ. Lyon, 26 août 1894, *Loi*, 26 oct. 1894. — Pont, II, n. 147 ; Guillouard, n. 100. — *Contra* Merlin, *Rép.*, v° *Caution*, § 2, n. 2.

(3) Trib. civ. Lyon, 26 avril 1894, *Loi*, 26 oct. 1894. — Troplong, n. 220 ; Pont, II, n. 149 ; Guillouard, n. 101.

(4) Pont, II, n. 116; Guillouard, n. 94. — *Contra* Troplong, n. 188 (il cite Bartole et autres commentateurs de la loi *Sciendum*, L.15, D., *Qui satisd. cogant.*, 2. 8, lesquels allaient même jusqu'à permettre de récuser tout procureur ou notaire).

(5) Guillouard, n. 94.

(6) Trib. com. Seine, 24 oct. 1895, *Gaz. Pal.*. 96.2.662.

« *ceptible de contrainte par corps.* » Ce texte est implicitement abrogé par la loi du 22 juillet 1867, qui a supprimé la contrainte par corps en matière civile et commerciale. Aussi, peut-on aujourd'hui donner pour caution une personne morale, comme une société (1).

SECTION II

DROIT DE FOURNIR UNE AUTRE GARANTIE

991. L'article 2041, placé au chapitre « de la caution légale et de la caution judiciaire », porte : « *Celui qui ne peut* « *pas trouver une caution est reçu à donner à sa place un* « *gage en nantissement suffisant* » (art. 2041).

Le projet soumis au Conseil d'État portait un *gage* ou *nantissement*. Les procès-verbaux des discussions auxquelles la loi a donné lieu ne nous font pas connaître le motif du changement que le texte a subi (2). Mais le rapport de Chabot au Tribunat parle également de donner en nantissement un gage suffisant (3). On ne peut donc pas voir dans la modification subie une faute du copiste (4).

Aussi le débiteur ne peut-il pas donner une antichrèse à la place de la caution et obliger ainsi le créancier à administrer l'immeuble.

Mais il peut consigner des deniers ou des rentes sur l'Etat (5), car c'est un véritable gage.

992. Le gage, que l'article 2041 autorise à substituer au cautionnement, peut lui-même être remplacé par une garantie équivalente, ne gênant pas davantage le créancier, telle qu'une hypothèque (6). Cette solution est conforme à l'esprit

(1) Paris, 30 août 1867, S., 67. 2. 338, D., 68. 2. 11. — Paris, 10 mai 1875, D., 75. 2. 240. — Bordeaux, 25 août 1879, S., 79. 2. 328. — Guillouard, n. 109.

(2) Fenet, II, p. 211.

(3) Fenet, XV, p. 51.

(4) *Contra* Troplong, n. 591 ; Pont, II, n. 443 ; Guillouard, n. 111.

(5) Cass. req., 19 mai 1890, S., 90. 1. 329, D., 91. 1. 371. — Pont, II, n. 444 ; Guillouard, n. 111.

(6) Cass. civ., 7 août 1882, S., 82. 1. 457, D., 83. 1. 220. — Cass. civ., 3 fév. 1897, S., 97. 1. 137. — Pigeau, *Proc. civ.*, II, p. 339 ; Favard, v° *Caution* (*Réception de*), § 2 ; Taulier, VII, p. 51 ; Troplong, n. 592 ; Pont, II, n. 445 ;

de la loi, qui n'a pu vouloir qu'une chose, procurer une garantie suffisante à celui des intérêts duquel elle se préoccupe, et elle ne viole pas son texte, le mot *gage* ayant quelquefois dans la langue juridique un sens très général ; ainsi on dit *gage immobilier*, *gage hypothécaire*, et il est arrivé à la loi elle-même de prendre au moins une fois ce mot dans un sens plus large encore (art. 2093).

L'opinion contraire compte de nombreux partisans. L'article 2041, dit-on, en tant qu'il autorise le débiteur, qui doit une caution en vertu de la loi ou d'un jugement, à fournir une autre garantie à la place, déroge au droit commun, à la règle *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest* ; il faut donc l'interpréter restrictivement ; par suite, la loi parlant d'un *gage*, c'est-à-dire, dans le sens technique de ce mot, d'un nantissement mobilier (art. 2072), le débiteur ne pourra pas offrir une autre garantie à la place, fût-elle équivalente ou même supérieure. — Il y a à notre avis, au fond de cette argumentation, une étrange méprise. Sans doute nous sommes en présence d'une dérogation au droit commun ; mais en quoi consiste-t-elle? En ce qu'un débiteur se trouve obligé, en vertu de la loi ou d'un jugement, à fournir une garantie, caution ou gage, qu'il ne devrait pas d'après les termes du droit commun. Par conséquent l'interprétation restrictive, qui est de droit pour toutes les dispositions exceptionnelles, consistera à entendre la loi dans le sens le plus favorable pour le débiteur, dans le sens qui s'éloigne le moins du droit commun, d'après lequel il ne doit aucune garantie : ce qui conduit à admettre toutes les sûretés équivalentes à celles que la loi indique.

En vain dit-on encore que l'hypothèque est plus difficile à réaliser que le gage ; la seule raison de la difficulté de la réalisation est que l'hypothèque porte sur les immeubles ; or la loi a si peu considéré ce point de vue qu'elle apprécie la solvabilité de la caution d'après ses immeubles.

Notre solution doit être absolue, puisque nous la fondons

Massé et Vergé, V, p. 81, § 704, note 3; Desjardins, *Conclusions*, S., 82.1.457. — *Contra* Ponsot, n. 386 ; Aubry et Rau, IV, p. 680, § 425, note 12 ; Laurent XXVIII, n. 202 ; Guillouard, n. 112.

sur une interprétation rationnelle du texte de l'article 2041, lequel ne fait aucune distinction. Ainsi nous ne permettrons pas au juge de refuser l'hypothèque sous prétexte que la célérité de l'affaire exige une réalisation facile des sûretés [1]. Nous ne déciderons pas davantage que le surenchérisseur (art. 832 C. pr.) ne pourra pas fournir d'hypothèque à la place du gage en raison de la célérité de la réalisation [2].

993. Autre est le cas où le débiteur est tenu de fournir une caution en vertu d'une convention. Le créancier a le droit d'exiger l'exécution rigoureuse de la convention : une caution lui est due, il peut refuser toute autre garantie que le débiteur offrirait à sa place. Inutilement le débiteur invoquerait-il l'article 2041 [3]. Le créancier répondrait qu'écrit en vue du cautionnement légal ou judiciaire, comme le prouve la place que ce texte occupe, il ne saurait être appliqué au cautionnement conventionnel. Cette solution est du reste conforme au principe que la convention fait loi aux parties [4]. Pothier décidait le contraire [5].

993 *bis*. Dans les hypothèses où le débiteur substitue au cautionnement une autre garantie, il n'est pas nécessaire que cette garantie réponde aux conditions fixées par les articles 2018 et 2019 [6] ; par exemple, la loi n'exige pas que les valeurs offertes à titre de nantissement soient déposées dans le ressort de la cour d'appel où la garantie devait être fournie. D'abord les articles 2018 et 2019 ne s'appliquent par leurs termes qu'au cautionnement ; ensuite ils ont pour but de faciliter la vérification de la solvabilité de la caution et cette vérification, s'il s'agit d'un gage ou d'une hypothèque, n'est pas rendue plus difficile par l'éloignement des objets fournis en garantie.

(1) *Contra* Troplong, *loc. cit.*

(2) *Contra* Pont, *loc. cit.*

(3) Troplong, n. 202 ; Pont, II, n. 150 ; Aubry et Rau, IV, p. 679, § 425 Laurent, XXVIII, n. 199 ; Guillouard, n. 110.

(4) Guillouard, n. 110.

(5) N. 392.

(6) Cass. req., 19 mai 1890, S., 90. 1. 329, D., 91. 1. 371.

CHAPITRE IV

ÉTENDUE ET INTERPRÉTATION DU CAUTIONNEMENT.

994. Le principe qui domine toute cette matière est que le cautionnement doit être interprété restrictivement. En d'autres termes, lorsqu'il y a doute, il faut interpréter le contrat dans le sens le plus favorable à la caution, c'est-à-dire dans le sens le plus restrictif (1). C'est ce qu'on décidait déjà dans l'ancien droit (2), où l'on disait que le cautionnement ne pouvait être étendu *de re ad rem, de persona ad personam, de tempore ad tempus.* Cette solution se justifie par les mêmes raisons que celle qui fait dépendre le cautionnement d'une stipulation expresse (3). C'est ainsi qu'on doit entendre la partie finale de l'article 2015, dont la rédaction aurait pu être plus précise : « *On ne peut pas l'étendre* (le cautionne- « ment) *au delà des limites dans lesquelles il a été contracté.* »

Ainsi le cautionnement donné pour une partie de la dette ne s'étend pas aux autres parties de la dette (4).

Que ce principe s'applique au cautionnement limité, cela est sans difficulté. Ainsi j'ai cautionné un fermier *pour le paiement de son prix de ferme ;* je ne répondrai pas de l'exécution des autres obligations résultant du bail, par exemple du remboursement des avances faites au fermier en vertu d'une clause du contrat, ou des dommages-intérêts dus pour abus de jouissance ou dégradation (5).

Le cautionnement donné pour un capital ne s'étend pas

(1) V. les notes suivantes. — Aix, 3 mars 1903, *Droit*, 7 juin 1903.

(2) Favre, *Cod.*, VIII, 28.5.

(3) Trib. civ. Lyon, 11 avril 1894, *Gaz. Trib.*, 13 mai 1894. — Guillouard, n. 66.

(4) Guillouard, n. 69.

(5) Pothier, n. 404 ; Pont, II, n. 104 ; Laurent, XXVIII, n. 175 ; Guillouard, n. 169.

aux intérêts [1], ni le cautionnement donné pour les intérêts simples aux intérêts capitalisés [2].

Le cautionnement donné pour les effets qu'un commerçant fera escompter par une banque ne s'étend pas aux effets directement souscrits par le commerçant au profit de la banque [3].

Le cautionnement d'une somme à prêter ne s'étend pas à la reconnaissance de prêts antérieurs [4] ou à des avances postérieures [5].

Mais le cautionnement donné pour une avance s'applique à cette avance dans quelque forme qu'elle soit faite. Si, par exemple, la caution garantit l'avance à faire par un banquier, et que cette avance soit réalisée par un compte courant, la caution est tenue du solde de ce compte jusqu'à concurrence de la somme cautionnée [6].

995. La caution qui s'est engagée à garantir le montant d'une ouverture de crédit ne garantit pas le remboursement des sommes que le débiteur est tenu de payer comme conséquence du contrat, mais à un titre différent, par exemple celles qui ont été versées non pas à lui-même, mais à un commis abusant de sa signature [7]. La dette naît de l'article 1384, c'est-à-dire du principe qu'on est tenu du fait de ses préposés. Il est donc singulier d'objecter que la caution s'est obligée dans les mêmes limites que le débiteur.

996. Il nous paraît certain que le principe reçoit aussi son

[1] Cass., 12 janv. 1842, S., 42. 1. 138. — Bordeaux, 21 déc. 1833, S., 34. 2. 271. — Trib. civ. Nancy, 20 janv. 1890, *Rec. de Nancy*, 90. 6. — Pothier, n. 405; Duranton, XVIII, n. 320 ; Ponsot, n. 110 ; Troplong, n. 149 ; Pont, II, n. 104 ; Aubry et Rau, IV, p. 680, § 426, note 2 ; Guillouard, n. 69. — Ainsi le cautionnement d'une ouverture de crédit à concurrence d'une somme déterminée ne garantit pas l'excédent malgré l'indivisibilité du compte courant. — Cass., 16 nov. 1886, *Gaz. Pal.*, 87. 1. 56. — Guillouard, n. 69.

[2] Cass., 2 fév. 1886, S., 87. 1. 5, D., 86. 1. 233. — Guillouard, n. 69.

[3] Limoges, 26 juin 1888 et 21 janv. 1889, D., 90. 2. 11.

[4] Cass., 14 juil. 1845, S., 45. 1. 484, D., 45. 1. 336. — Guillouard, n. 69.

[5] Lyon 7 juil. 1902, *Gaz. com. Lyon*, 28 oct. 1902.

[6] Douai 23 mai 1901, *Rec. Douai*, 1902. 271.

[7] Laurent, XXVIII, n. 173. — *Contra* Cass., 18 fév. 1861, S., 61. 1. 417, D., 61. 1. 245. — Pont, II, n. 106 ; Guillouard, n. 70.

application au cautionnement illimité, car la loi le formule dans les termes les plus généraux. On en trouve la preuve dans l'article 1740. Je me porte caution d'un bail, sans autre explication ; c'est un cautionnement illimité. Je répondrai par conséquent de l'exécution de toutes les obligations résultant du bail, car aucune n'a été exclue. Répondrai-je aussi de l'exécution des obligations résultant du nouveau bail, qui à l'expiration du premier pourra se former par la tacite reconduction ? Non, dit l'article 1740 (1). Ce serait étendre le cautionnement au delà des limites dans lesquelles il a été contracté ; j'ai cautionné l'ancien bail, mais rien ne prouve que j'aie entendu me porter caution du nouveau qui se forme par le consentement tacite des parties.

Ce n'est pas à dire cependant que le cautionnement doive toujours être interprété en faveur de la caution : il est certain que le juge ne doit adopter ce procédé d'interprétation qu'en cas de doute (2).

996 *bis*. D'autre part, le cautionnement conçu en termes généraux garantit toutes les obligations qui dérivent de la convention cautionnée.

C'était déjà la solution de l'ancien droit (3) et l'article 2016, dont nous allons parler, la proclame.

La jurisprudence en a fait des applications nombreuses (4).

(1) V. notre *Tr. du louage*, n. 1083.

(2) Comp. Cass. civ., 2 déc. 1903, D., 1905. 1. 9.

(3) Pothier, n. 404.

(4) La caution d'un bail est tenue de toutes les obligations du bail. — Pothier, n. 404 ; Pont, II, n. 107 ; Guillouard, n. 75. — Par exemple des dégradations, de la restitution des avances ou des meubles laissés pour l'exploitation. — mêmes auteurs. — Ou de la réparation de l'incendie. — Chambéry, 10 avril 1867, S., 67. 2. 212, D., 67. 2. 89. — Aubry et Rau, IV, p. 681, § 426, note 5 ; Guillouard, n. 76. — *Contra* Cass., 3 juil. 1872, S., 72. 1. 294, D., 73. 1. 230. — Douai, 12 déc. 1854, D., 55. 2. 138. — Buchère, *Rev. prat.*, IX, 1860, p. 225 s. — D'après Cass. req., 22 juil. 1891, S., 93. 1. 311, D., 93. 1. 259, la caution qui garantit la convention par laquelle une personne s'engage à recevoir comme transitaire les marchandises d'une compagnie de transport, est tenue de toutes les sommes que le transitaire doit à la compagnie en sa qualité. — Le cautionnement d'une ouverture de crédit en compte-courant comprend toutes les opérations du compte. Cass., 9 mai 1877, S., 78. 1, 110, D., 78. 1. 30. — Amiens,

De même, aux termes de l'article 2016 : « *Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution.* »

Par exemple celui qui se porte caution d'un prêt d'argent répond des intérêts que l'emprunteur doit en vertu du contrat (1), conformément au droit romain (2) et à l'ancien droit (3).

Il continue à devoir les intérêts même si le débiteur principal est déclaré en faillite : la faillite ne met fin aux intérêts que vis-à-vis de la masse (4).

De même celui qui se porte caution répond des dommages et intérêts, dont le débiteur pourra être débiteur pour inexécution des obligations résultant du contrat (5).

La caution d'un contribuable répond donc des pénalités qui sont imposées à ce contribuable pour fraudes (6).

Le cautionnement porte également sur la clause pénale (7).

De même encore la caution porte sur les intérêts dus pour retard dans l'exécution (8).

997. Le cautionnement d'une ouverture de crédit faite jusqu'à concurrence d'une somme déterminée s'applique,

12 déc. 1876, S., 77. 2. 51, D., 78 1 30. — Bertin, *Du compte-courant*, n. 242; Guillouard, n. 75.

(1) Poitiers, 16 déc. 1847, S., 48. 2. 684, D., 48. 2. 108. — Orléans, 18 mai 1855, S., 55. 2. 414. — Nîmes, 18 mars 1862, S., 63. 2. 5. — Duranton, XVIII, n. 320 s. ; Ponsot, n. 117 s. ; Troplong, n. 158 ; Pont, II, n. 107 : Aubry et Rau, IV, p. 680, § 426, note 3 ; Laurent, XXVIII, n. 178 ; Guillouard, n. 75. — C. civ. allemand, 767. — *Contra* Eck, *loc. cit.* — Le Code fédéral suisse, approuvé par M. Guillouard, n. 75, n'admet pas que la caution soit tenue des intérêts au-delà de ceux d'une année plus les intérêts courants.

(2) L. 1, §§ 11 et 12, D., *De adm. rer. ad civit. pert.*, 50. 8. — L. 54. D., *Loc. cond.*, 19. 2.

(3) Pothier, n. 404.

(4) Paris, 25 juin 1902, sous Cass., 11 janv. 1904, D., 1904. 1. 393.

(5) L. 58, § 1, *De fid.*, 46. 1. — Eck. *loc. cit.* — *Contra* Paris, 9 mars 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 1 374 (marché de fournitures).

(6) Trib. civ. Béziers, 12 mars 1892, sous Montpellier, 6 fév. 1893, *Gaz. Pal.*, 1. 245. — Trib. civ. Montluçon, 27 avril 1894, *Rec. des assur.*, 94. 345. — *Contra* Paris, 25 juin 1867, S., 68. 2. 222. — Guillouard, n. 69.

(7) V. cep. L. 10, C., *De fid.*, 8. 41. — Eck, *loc. cit.*

(8) L. 56, § 2, L. 68. § 1, D., *De fid.*. 46. 1. — Guillouard, n. 75; Eck, *loc. cit.*

en dehors de cette somme, aux commissions et au change qui sont les accessoires du crédit (1).

998. Enfin la loi dit que le cautionnement porte sur les frais de la première demande. C'est encore un accessoire de la dette, parce que le créancier a dû faire ces frais pour tâcher d'obtenir son paiement (2). Mais si le débiteur ne satisfait pas à cette demande, le créancier devra la dénoncer à la caution, s'il veut pouvoir répéter contre elle les frais qu'il fera postérieurement, et la caution verra si elle a intérêt à prévenir ces frais en payant. La raison, déjà donnée par Pothier (3), est que la caution avertie de la poursuite en aurait peut-être payé les frais. Et cette restriction s'applique même à la caution solidaire (4).

On entend par première demande, comme le disait Pothier (5), le commandement (6) ou l'assignation en justice (7) et non les actes de l'instance (8).

999. La distinction de l'article 2016 doit être appliquée aux frais de la poursuite dirigée par le débiteur principal contre le créancier pour faire décider que ce dernier n'a pas exécuté ses obligations; on ne peut soutenir que, par application du droit commun, la caution soit tenue, même sans dénonciation, de tous les frais de cette demande (9). Car les principes veulent au contraire que la caution ne puisse être tenue de frais qu'elle aurait évités si elle avait connu la demande; le créancier, en omettant de la dénoncer, a commis vis-à-vis de la caution une faute dont il doit subir les conséquences.

1000. Le créancier qui a fait l'avance des frais de l'acte, c'est-à-dire des droits d'enregistrement, et, s'il y a lieu, des honoraires du notaire, peut en demander le remboursement

(1) Rouen, 24 mars 1893, *Rec. de Rouen*, 93. 1. 122.
(2) Cass. civ., 5 août 1889, S., 92. 1. 492 (motifs). — Pont, II, n. 108.
(3) N. 404. — V. aussi les observations du Tribunat, Fenet, XV, p. 404.
(4) Cass. civ., 5 août 1889, S., 92. 1. 492 (motifs).
(5) N. 404.
(6-7) Pau, 9 fév. 1905. S., 1905. 2. 76. — Guillouard, n. 77.
(8) Pau, 9 fév. 1905, précité.
(9) Guillouard, n. 78. — *Contra* Bordeaux, 19 juill. 1849, D., 50. 2. 59. — Laurent, XXVIII, n. 179.

à la caution, si cette dernière s'est engagée indéfiniment [1].

1001. Même donné pour un chiffre déterminé, le cautionnement doit être étendu aux intérêts et frais de la somme cautionnée ; l'article 2016, en d'autres termes, est applicable au cautionnement limité ; le seul devoir du juge est de maintenir le cautionnement dans les limites de la somme pour laquelle il a été donné [2].

1002. Si le débiteur, falsifiant l'acte de cautionnement, élève le chiffre qui s'y trouve porté, la caution n'est obligée, même vis-à-vis des tiers de bonne foi, que dans les limites du chiffre primitif [3].

1003. La caution, même si elle est engagée indéfiniment, n'est pas tenue, ainsi que le disait Pothier [4], des obligations « qui naîtraient d'une cause étrangère » au contrat [5]. Elle n'est pas tenue, par exemple, du préjudice causé au créancier par une chose donnée en gage [6], ou des amendes dues par un comptable dont elle a garanti la gestion [7].

1004. Le juge du fait détermine souverainement l'étendue du cautionnement [8].

Mais il ne peut, tout en constatant qu'il y a doute sur le point de savoir si le cautionnement s'étend à telle obligation, trancher la question par l'affirmative [9].

De même, dans le cas où il y a doute sur le point de savoir si le cautionnement est limité ou illimité, le juge doit admettre la première solution [10].

(1) Cass. 6 oct. 1806, S. chr. — Nîmes, 18 mars 1862, S., 63. 2. 5. — Merlin, *Rép.*, v° *Caution.*, § 1, n. 3 ; Pont, II, n. 108 ; Guillouard, n. 79.

(2) Caen, 27 janv. 1888, S., 92. 2. 111 (sous-note, impl.). — Poitiers, 6 mai 1891, S., 92. 2. 111.

(3) Cass. civ., 14 mars 1888, S., 88. 1. 327 (alors même qu'elle a oublié de bâtonner les blancs et pourvu qu'elle n'ait pas commis de faute). — *Contra* C. sup. Suède, 7 nov. 1887, *Journ. dr. int.*, XVI, 1889, p. 923.

(4) N. 405.

(5) Guillouard, n. 80.

(6) L 54, D., *De fid.*, 46. 1. — Guillouard, n. 80.

(7) Pothier, n. 405 ; Pont, II, n. 109 ; Guillouard, n. 80.

(8) Cass. req., 18 mai 1898, S. 98. 1. 446. — Cass. req., 15 nov. 1904, S., 1905. 1. 119. — Guillouard, n. 66.

(9) Guillouard, n. 66.

(10) Caen, 27 janv. 1868, D., 68. 5. 57.—Laurent, XXVIII, n. 170 ; Guillouard, n. 67.

Notamment la question de savoir si la caution est seulement engagée jusqu'à concurrence de l'engagement principal existant au moment où elle s'est elle-même engagée ou si elle subit toutes les modifications qui aggraveront dans la suite l'obligation principale, est une question d'intention et, par conséquent, de fait [1].

1005. L'étendue du cautionnement se règle par la loi qui régit l'interprétation de l'obligation principale [2].

CHAPITRE V

EFFETS DU CAUTIONNEMENT

SECTION PREMIÈRE

RAPPORTS ENTRE LE CRÉANCIER ET LA CAUTION

§ I. *De la stipulation d'un salaire.*

1006. La caution, qui peut stipuler un salaire du débiteur [3], peut également stipuler un salaire du créancier [4].

Cette convention rentre dans la commission *ducroire*.

Elle constitue une assurance de solvabilité et, par conséquent, n'a pas la nature du cautionnement [5]. C'est un contrat synallagmatique [6], aléatoire [7] et principal [8].

(1) Eck, *loc. cit.*

(2) Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, ch. XXI, n. 197; Von Bar, *Th. und Pr. des intern. Privatrechts*, II, p. 109, n. 284.

(3) V. *infra* n. 1071.

(4) Troplong, n. 35 s. ; Ponsot, n. 17 s., 22 ; Pont, II, n. 17 et 18; Aubry et Rau, IV, p. 675, § 423, note 11 ; Laurent, XXVIII, n. 124 ; Guillouard, n. 22 et 33; Planiol, II, n. 2324.

(5) Auteurs précités.

(6) Guillouard, n. 33.

(7) Guillouard, n. 33.

(8) Guillouard, n. 33.

§ II. *Du rapport et de la réduction.*

1007. On a dit que si le cautionnement est donné dans l'intérêt du créancier, ce dernier est un donataire soumis au rapport ou à la réduction [1]. Nous ne voyons aucune raison d'attribuer au créancier une situation plus favorable que celle du débiteur principal en faveur duquel le cautionnement a été consenti. Ni l'un ni l'autre ne sont des donataires, parce que dans l'un des deux cas comme dans l'autre la caution s'est réservé un recours contre le débiteur.

Il n'en est autrement que si le cautionnement a été donné en garantie d'une donation, pour suppléer à l'insuffisance des biens du donateur, sans que la caution ait admis la possibilité d'un recours efficace contre le débiteur; il y a alors une donation éventuelle qui se réalise lorsque la caution a payé le créancier, et s'il ne peut recourir contre le débiteur [2].

Néanmoins le rapport peut être dû pour d'autres motifs [3].

1008. Il va sans dire que, quand le cautionnement, considéré comme une donation au profit du débiteur principal est soumis à réduction, cette réduction ne saurait nuire au créancier [4].

§ III. *Montant de l'obligation de la caution.*

1009. La caution peut s'engager pour le montant total ou pour une partie de la dette; elle ne peut pas, comme nous l'avons vu, promettre une somme supérieure à la somme due par le débiteur principal [5].

(1) Guillouard, n. 21 *bis* et 35.

(2) Cass., 12 août 1872, S., 72. 1. 325, D., 73. 1. 15. — Grenoble, 26 mars 1873, S., 73. 2. 149, D., 73. 5. 356.— Laurent, XII, n. 172; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Tr. des don.*, I, n. 847.— *Contra* Cass., 5 avril 1809, S. chr.— Lyon, 4 fév. 1870, D., 73. 2. 15.— Grenier, *Tr. des donat.*, III, n. 515 ; Vazeille, *Tr. des suc.*, art. 843, n. 14 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Rapp. à suc.*, n. 157 ; Massé et Vergé, II, p. 402, § 398, note 12.

(3) V. notre *Tr. des succ.*, 3e éd., III, n. 2764.

(4) Ponsot, n. 25 ; Guillouard, n. 21 *bis*.

(5) V. *supra*, n. 964.

La demande d'intérêts contre le débiteur principal fait courir les intérêts contre la caution, puisque, d'après l'article 2016 du Code civil, la caution est tenue de toutes les suites de l'obligation (1).

Il en est ainsi même si la caution est solidaire (2), et cette solution est également vraie dans l'opinion qui l'assimile alors à un codébiteur solidaire (art. 1207) (3).

1010. La demande d'intérêts contre la caution ne fait pas courir les intérêts contre le débiteur principal (4),

Il en est ainsi même si la caution est solidaire (5), à moins qu'on ne l'assimile alors à un débiteur solidaire (art. 1207) (6).

1011. Conformément aux principes de l'imputation des payements, le débiteur de plusieurs dettes peut imputer le payement qu'il fait soit sur les dettes cautionnées, soit sur les dettes non cautionnées.

A défaut d'une imputation expresse, le payement doit être imputé sur les dettes cautionnées, qui sont celles que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter (C.civ., 1256) (7).

1012. Si la caution ne s'est engagée que pour une partie de la dette, et qu'une partie se trouve payée par le débiteur, le créancier peut imputer le cautionnement sur l'autre partie et poursuivre la caution pour le surplus (8); car il appartient au créancier de se réserver d'imputer le payement de la

(1) Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887. n. 34, p. 49.
(2) Fournier, *loc. cit.*
(3) Cpr. Fournier, *loc. cit.*
(4) Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 46, n. 33.
(5) Fournier, *loc.cit.*
(6) Cpr. Fournier, *loc. cit.*
(7) Limoges, 3 déc. 1838, D., 90. 2. 11. — Paris, 21 déc. 1894, *Gaz. Pal.*, Table, 1er sem. 1895, v° *Caution*, n. 7. — Laurent, XXVIII, n. 275 ; Guillouard. n. 225.
(8) Cass., 12 janv. 1857, S., 57. 1. 439, D., 57. 1. 278. — Cass., 23 juil. 1883, S., 85. 1. 171. — Cass. civ., 12 nov. 1890, S., 91, 1. 55, D., 92. 1. 19. — Poitiers, 8 mai 1891, S., 92. 2. 111. — Ponsot, n. 345 ; Troplong, n. 246 et 247 ; Massé et Vergé, V. § 763, note 1 ; Pont, II, n. 394 ; Aubry et Rau, IV, p. 692, § 429. note 1 ; Laurent, XXVIII, n. 275 ; Guillouard, n. 119 et 225. — Cpr. Cass. req., 2 juin 1890, D., 91. 1. 404. — *Contra* Parl. de Paris, 3 août 1709, cité par Brillon, *Arrêts*, v° *Caution*, n. 39. — Caen, 16 juill. 1851, D., 54. 5. 98. — Trib. civ. Lyon, 31 janv. 1838, *Mon. jud. Lyon*, 25 avril 1888. — Brillon, *loc. cit.* ; Toullier, VII, n. 179 ; Delvincourt, II, p. 770 ; Duranton, XII, n. 999 ; Ponsot. n. 545 ; Larombière, *Th. et prat. des oblig.*, art. 1256, n. 7.

manière la plus favorable et on doit supposer qu'il a demandé une caution pour garantir le payement de la portion la plus difficile à recouvrer.

Si la caution s'engage pour l'époque où elle aura les moyens de payer, elle ne peut être tenue de payer tant qu'elle n'a pas les ressources suffisantes (1).

§ IV. *Conditions de la poursuite et du paiement.*

1013. De l'article 2021, et aussi du principe que la caution n'est pas tenue d'une manière plus onéreuse que le débiteur (2), il résulte (sauf clause contraire, comme nous l'avons montré) que la caution ne peut être actionnée qu'après le terme fixé pour le payement de la dette (3).

1014. Si le débiteur tombe en faillite, en liquidation judiciaire ou en déconfiture avant le terme fixé et se trouve ainsi déchu du bénéfice du terme, la caution n'en jouit pas moins du délai primitivement fixé (4), car elle a contracté une obligation personnelle soumise à des tempéraments que le fait des autres parties ne peut modifier. On invoque en sens contraire l'intention des parties et le caractère accessoire du cautionnement. Mais l'intention des parties est douteuse et le caractère accessoire du cautionnement signifie seulement que la caution ne peut être tenue plus étroitement que le

(1) Aix, 20 mai 1891, *Rec. d'Aix*, 92. 1. 33.

(2) V. *supra*, n. 964 s. et *infra*, n. 1022.

(3) Guillouard, n. 117 et 118.

(4) Cass. req., 3 juill. 1890, S., 90. 1. 445, D., 91. 1. 5.— Paris, 24 déc. 1842, D. *Rép.*, v° *Oblig.*, n. 1306. — Bordeaux, 10 mars 1854, S., 54. 2. 515, D., 55. 2. 246. — Rouen, 29 juin 1871, S., 71. 2. 220, D., 73. 2. 206. — Paris, 25 juin 1867, S. 68. 2. 222. — Bourges, 12 nov. 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 2. 596. — Trib. civ. Chambéry, 23 juin 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 2, *Suppl.*, 50. —Trib. civ. Nevers, 25 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 642. — Orléans, 11 août 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 329. — Trib. civ. Lyon, 26 avril 1894, *Loi*, 26 oct. 1894. — Trib. com. Marseille, 1er déc. 1881, *Journ. des faill.*, 82. 360 (faillite). — Trib. civ. Béziers, 5 mars 1887, *Loi*, 12 mars 1887 (déconfiture). — Duranton, XI, n. 120; Pardessus, *Cours de dr. comm.*, V, p. 158, note 1; Alauzet, *Comm. cod. com.*, 3e éd., n. 2487; Demolombe, XXV, n. 707; Guillouard, n. 118; Planiol II, n. 2339 et *Note*, D., 91. 1. 5. — *Contra* Larombière, II, art. 1188, n. 22; Aubry et Rau, IV, § 303, note 18; Laurent, XVII, n. 213.

débiteur principal. Si l'article 2011 dit que la caution paye la dette à défaut du débiteur principal, il entend simplement indiquer les effets du cautionnement, mais non pas, cela est bien certain, les circonstances qui rendent la dette exigible de la part de la caution. On a dit encore que la déchéance du terme prouve l'insolvabilité du débiteur, en prévision de laquelle la caution s'est engagée ; mais la caution ne s'est engagée qu'en prévision de l'insolvabilité du débiteur lors de l'échéance. Du reste, on dépasserait le but de la déchéance du terme, qui est de mettre le créancier à l'abri des effets d'une insolvabilité désormais certaine, en lui donnant une action immédiate contre une personne dont la solvabilité n'est pas contestée ; ajoutons enfin que l'article 444 du Code de commerce ne rend, dans le cas de faillite du débiteur, la dette exigible qu'à l'égard du failli.

Cette solution s'applique même à la caution solidaire (1).

De même, lorsque le remboursement d'une rente perpétuelle est devenu nécessaire, par suite de la faillite ou de la déconfiture du débi-rentier, et conformément à l'article 1912-3°, le remboursement ne peut être exigé de la caution (2).

Il en est ainsi en particulier si la caution est solidaire(3).

1015. Si le débiteur renonce au bénéfice du terme, la caution continue également à pouvoir invoquer le terme stipulé(4).

1016. Il est certain, en tous cas, que si la caution a expressément subordonné la poursuite à l'observation d'un terme, la déchéance du terme encourue par le débiteur ne nuira pas à la caution (5).

1017. Si la caution a stipulé qu'elle ne pourrait être poursuivie que « conjointement avec le débiteur », elle peut cependant être poursuivie, quoique la faillite du débiteur, par la suspension des poursuites individuelles qu'elle entraîne, empêche de poursuivre ce dernier, et pourvu que le créan-

(1) Cass. req., 3 juill. 1890, précité.
(2) *Contra* Caen, 10 nov. 1857, S., 58. 2.427.—Guillouard, *Tr. du prêt*, n. 215.
(3) *Contra* Caen, 10 nov. 1857, précité. — Guillouard, *loc. cit.*
(4) Trib. civ. Lyon, 11 juil 1888, *Mon. jud. Lyon*, 9 janv. 1889.
(5) Bourges, 12 nov. 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 2. 596.— Trib. civ., Nevers, 25 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 612. — Guillouard, n. 118 ; Planiol, *loc. cit.*

cier produise à la faillite [1]. C'est la seule manière raisonnable d'interpréter la clause dont nous parlons.

1018. La caution peut évidemment payer le créancier par anticipation si ce droit existe au profit du débiteur.

Elle peut également le payer sans tenir compte d'une prorogation de délai [2].

La seule difficulté qui puisse s'élever dans ce cas est de savoir à quelles conditions la caution peut exercer la subrogation légale aux droits du créancier.

La prorogation de terme accordée au débiteur, si elle ne décharge pas la caution (art. 2039) [3], peut être opposée par elle.

1019. Nous nous occuperons plus loin de la prescription de l'engagement de la caution [4].

II. *Du titre exécutoire.*

1020. La poursuite de la caution, comme celle du débiteur principal, suppose un titre exécutoire. Si l'acte de cautionnement n'est pas authentique, le créancier devra obtenir un jugement de condamnation contre la caution.

Le jugement de condamnation obtenu contre le débiteur principal n'est pas exécutoire contre la caution [5].

Il en est ainsi même si la caution a renoncé aux bénéfices de discussion et de division [6].

Et peu importe même que la caution soit solidaire [7]. L'o-

(1) Dijon, 26 avril 1866, S., 66. 2. 347. — Guillouard, n. 118.

(2) Caen, 24 janv. 1887, D., 88. 2. 127. — Guillouard, n. 252.

(3) V. *infra*, n. 1151.

(4) V. *infra*, n. 1165 s.

(5) Bartole, Balde, Jean Fabri admettaient cette opinion. Guy Pape avait soutenu l'opinion contraire (quest. 215), mais ailleurs il ne l'admettait que pour la caution judiciaire et la rejetait pour la caution conventionnelle (quest. 26); Chorier, *op. cit.*, liv. IV, sect. 5, art. 10, p. 253. — Des arrêts de Grenoble 1615 et 5 juill. 1678 décidaient d'une manière générale que le jugement obtenu contre le débiteur ne nuisait pas à la caution. Chorier, *op. cit.*, p. 254 et art. 12, p. 255, quest. 416.

(6) Chorier, *op. cit.*, art. 12, p. 255, quest. 416, qui cite en ce sens Grenoble, 5 juil. 1678.

(7) V. cep. Chorier, *op. cit*, p. 255, quest. 416, qui se fonde sur ce que la caution solidaire est un débiteur solidaire. — *Contra* Cass., 28 déc. 1881, S.,

pinion contraire se fonde sur la doctrine, d'ailleurs contestable, d'après laquelle la chose jugée contre l'un des codébiteurs est réputée avoir été jugée contre les autres codébiteurs, et sur l'article 2021, qui applique à la caution solidaire les principes de l'obligation solidaire. Mais il est admis que malgré l'article 2021 la caution solidaire est une caution et non un codébiteur (1).

§ V. *Du bénéfice de discussion.*

I. *But et origine du bénéfice de discussion.*

1021. Le bénéfice de discussion, qui permet à la caution, poursuivie par le créancier, d'exiger que ce dernier discute d'abord les biens du débiteur, est principalement fondé sur des considérations d'équité. En droit strict, la caution devrait pouvoir être forcée de payer, par cela seul que le débiteur néglige de le faire à l'époque convenue ; car elle a garanti la fidèle exécution de l'obligation principale et par conséquent l'exécution *à l'échéance*. Or, en opposant le bénéfice de discussion, qui est une exception *dilatoire*, la caution obtiendra un sursis : le paiement sera suspendu pendant le temps nécessaire à la discussion du débiteur, ce qui est une atteinte au droit du créancier. On a pris en considération la situation de la caution, qui est en effet digne d'intérêt : la dette dont on lui demande le paiement n'est pas la sienne ; c'est pour rendre service au débiteur, pour lui procurer du crédit, qu'elle est intervenue. N'est-il pas juste qu'elle soit autorisée à exiger qu'avant de s'attaquer à elle le créancier constate que le débiteur est dans l'impossibilité de payer ? On peut également supposer que telle a été son intention. Enfin le bénéfice de discussion ne cause aucun préjudice au créancier (2).

83. 1. 465. — On décide de même et pour le même motif que la chose jugée contre la caution solidaire est jugée contre le débiteur. — Cass. civ., 1er déc. 1885, S., 86. 1. 55. — Alger, 7 déc. 1885, S., 86. 2. 80.

(1) V. *supra*, n. 919.

(2) Rapport de Chabot au Tribunat, Fenet, XV, p. 52 ; Guillouard, n. 115 et

Il est emprunté au droit romain. Dans le droit classique, la caution pouvait exiger la discussion du débiteur principal si elle s'était engagée à payer seulement ce que la caution n'obtiendrait pas du débiteur principal (*fidejussor indemnitatis*) (1).

Justinien accorda le bénéfice de discussion à toutes les cautions (2).

Le bénéfice de discussion était inconnu dans le très ancien droit français, où la caution pouvait être et était généralement poursuivie en premier lieu (3). Mais, avant même la renaissance du droit romain, le droit coutumier permit à la caution d'exiger la mise en cause du débiteur (4). L'étude du droit romain fit admettre les bénéfices de discussion et de division (5) ; le bénéfice de discussion s'appelait souvent l'*exception d'ordre*.

Le bénéfice de discussion existe dans la plupart des législations étrangères (6).

II. *Conditions auxquelles est subordonné le bénéfice de discussion.*

1022. Suivant l'article 2021 : « *La caution n'est obligée « envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui « doit être préalablement discuté dans ses biens : à moins « que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou*

116. — Laurent, XXVIII, n. 204, n'admet en législation le bénéfice de discussion que si la caution s'est engagée gratuitement.

(1) L. 41, pr., D., *De fid.*, 46. 1.

(2) Nov. 4, chap. 1.

(3) Esmein, *Et. sur les contrats dans le très ancien dr. franç.*, p. 85 ; Fournier, *op. cit.*, p. 700, n. 9. — Au temps de Beaumanoir encore (XLIII, 21), le bénéfice de discussion n'existait pas. — V. aussi *Etabl. de Saint-Louis*, 22. — Cout. de Montpellier (1204), art. 72.

(4) Fournier, *op. cit.*, p. 701, n. 10.

(5) Cout. glosée d'Anjou et du Maine, éd. Beautemps-Beaupré, I, n. 318 : *Somme rurale*, II, 101, cités par Fournier, *loc. cit.*; Argou, II, p. 375, liv. IV, chap. I et II, p. 475, liv. IV, chap. XIII; Chorier, *La jurispr. de Guy Pape*, 2e éd , 1769, liv. IV, sect. VII, art. 8, p. 251 et art. 10, p. 252.

(6) *Allemagne.* Droit commun. — Eck, *loc. cit.* — C. civ., 771. — V. cep. pour le droit prussien, Foerster, *Preussisches Privatrecht*, § 144, note 21 et Cod. gén., I, 14, §§ 270, 297, 393.

« *à moins qu'elle ne soit obligée solidairement avec le débi-* « *teur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les* « *principes qui ont été établis pour les dettes solidaires.* » Il semblerait résulter de la première partie de ce texte que le créancier ne peut régulièrement s'attaquer à la caution qu'après avoir discuté le débiteur, que par suite son action peut être repoussée par une fin de non-recevoir, comme intentée irrégulièrement, si elle n'a pas été précédée de cette discussion. Mais l'article suivant détruit cette induction, en impliquant que la discussion n'est pas de droit, qu'elle ne devient obligatoire pour le créancier qu'autant que la caution oppose l'exception de discussion : « *Le créancier n'est obligé de* « *discuter le débiteur principal que lorsque la caution le re-* « *quiert, sur les premières poursuites dirigées contre elle* » (art. 2022). C'était, du reste, la solution du droit romain et de l'ancien droit (1).

Il résulte de là qu'à plus forte raison, l'exception ne peut être opposée pour la première fois en appel (2).

1023. Le créancier ne doit-il pas tout au moins, avant de s'attaquer à la caution, mettre le débiteur en demeure de payer? L'affirmative paraît bien résulter des termes de l'article 2021, qui ne déclare la caution tenue *qu'à défaut du débiteur*. N'est-ce pas dire que la demande du créancier contre la caution n'est régulièrement formée qu'autant que le débiteur refuse de payer ? Ce qu'il appartiendrait au créancier de prouver, puisqu'il s'agit d'une condition de recevabilité de sa demande, et ce que régulièrement il prouvera en démontrant qu'il a adressé au débiteur une sommation demeurée sans résultat. Malgré ces raisons, qui semblent péremptoires, l'opinion contraire triomphe en doctrine et en jurisprudence. On admet que la caution est tenue purement et simplement, et non pas sous la condition que le débiteur ne s'acquittera pas à l'échéance (3).

(1) Le Grand, *Cout. de Troyes*, art. 72, gl. II, n. 2; Argou, liv. IV, chap. XIII, II, p. 475.

(2) Alger, 23 mars 1899, *Journ. trib. alg.*, 23 mai 1900. — Trib. civ. Bordeaux, 13 juil. 1898, *Rec. Bordeaux*, 99. 3. 45.

(3) Bordeaux, 18 août 1841, D. *Rép.*, v° *Caut.*, n. 160. — Ponsot, n. 33 ; Troplong, n. 23 et 231 ; Pont, II, n. 11 et 154 ; Aubry et Rau, IV, p. 681, § 425,

1023 *bis*. Les « premières poursuites » ne sont pas nécessairement des poursuites judiciaires. Ainsi le commandement de payer constitue les premières poursuites (1)

1024. Le bénéfice de discussion ne peut être opposé si le débiteur principal est d'une insolvabilité notoire (2) ou démontrée (3) ou en état de faillite (4), puisque la caution ne peut alors satisfaire aux conditions de ce bénéfice et signaler aux créanciers les biens du débiteur susceptibles d'être discutés.

1025. La confusion entre les qualités de débiteur principal et de caution rend inopposable l'exception de discussion (5), car il n'y a plus alors de caution distincte du débiteur principal.

De même on décide que si la caution d'un vendeur agit, comme propriétaire du bien vendu, par l'action en revendication contre l'acheteur, ce dernier peut, en se basant sur le cautionnement, opposer l'exception de garantie, sans avoir à craindre que la caution à son tour se prévale du bénéfice de discussion, car, dit-on, la caution seule, et non pas le vendeur, peut satisfaire à la garantie (6). Quoique Pothier fût déjà en ce sens (7), nous sommes d'avis contraire : car le vendeur seul reste débiteur principal.

Nous verrons que la caution peut renoncer au bénéfice de discussion (8).

note 6 ; Laurent, XXVIII, n. 203 ; Guillouard, n. 25 et 117. — *Contra* Duranton, XVIII, n. 331.

(1) Amiens, 20 avril 1899, *Rec. Amiens*, 99. 193, qui en conclut qu'il est trop tard pour opposer le bénéfice le jour de la saisie-exécution.

(2) Paris, 21 avril 1806, S. chr. D., *Rép.*, v° *Caut.*, n. 370-2°. — Paris, 5 fév. 1892, D., 92. 2. 497. — Amiens 20 avril 1899, *Rec. Amiens*, 99. 193. — Troplong, n. 234 ; Pont, II, n. 157 ; Aubry et Rau, IV, p. 682 § 426, note 10 ; Laurent, XXVIII, n. 208 ; Guillouard, n. 127.

(3) Cass. civ., 21 déc. 1897, S., 1901. 1. 319 (procès-verbal de carence). — Paris, 21 avril 1803, précité.

(4) Trib. civ. Lyon, 9 janv. 1895, *Mon. jud. Lyon.*, 6 avril 1895. — Trib. civ. Lyon, 12 déc. 1901. *Gaz. Trib.*, 10 janv. 1902.— *Contra* Trib. civ. Lyon, 28 déc. 1898, *Mon. jud. Lyon*, 25 janv. 1899.

(5) Pont, II, n. 157 ; Laurent, XXVIII, n. 208 ; Guillouard, n. 127.

(6) Guillouard, n. 127.

(7) *Tr. de la vente*, n. 177.

(8) V. *infra*, n. 1042 s.

1026. «*La caution qui requiert la discussion, doit indiquer « au créancier les biens du débiteur principal* (1), *et avancer « les deniers suffisants pour faire la discussion* » (art. 2023 al. 1).

Nous avons vu qu'il résulte de l'article 2021 que la caution doit opposer le bénéfice de discussion et cela sur les premières poursuites ; il paraît juste que le créancier ne soit pas forcé d'avancer les frais qui se font dans l'intérêt exclusif de la caution, et par une faveur accordée à ce dernier contrairement aux principes rigoureux du droit (2). L'ancien droit était du reste en ce sens (3).

1027. L'offre des frais doit être réelle et, si elle n'est pas acceptée, suivie de consignation (4).

1028. Dans l'ancien droit, les frais de discussion des immeubles devaient seuls être avancés (5). Aujourd'hui, en présence des termes de l'article 2023, les frais de discussion des meubles doivent être également avancés (6).

1029. La caution peut se contenter d'offrir les frais au moment où le créancier lui en demandera avance; elle n'est pas forcée de les offrir au moment où elle invoque le bénéfice de discussion (7). La loi ne dit pas le contraire, et l'ancien droit décidait en ce sens (8).

1030. Le tribunal fixe en cas de contestation la somme qui doit être remise au créancier pour les frais (9) et la manière dont cette remise doit lui être faite (10).

1031. Les biens à discuter doivent être indiqués en une

(1) Bretonnier sur Henrys, liv. IV, tit. XX, quest. 34 ; Argou, liv. IV, ch. XIII, II, p. 475.

(2) Rapport de Chabot au Tribunat, Fenet, XV, p. 69; Guillouard, n. 129.— V. cep. Obs. du tribun Goupil de Préfeln, Fenet, XV, p. 63.

(3) Argou, *loc. cit.*

(4) Paris, 5 fév. 1892, D., 92. 2. 497. — Guillouard, n. 139.

(5) Pothier, n. 414.

(6) Troplong, n. 272 ; Pont, II, n. 174 ; Guillouard, n. 139.

(7) Cass , 21 mars 1827, S. chr. — Troplong. n. 273 ; Laurent, XXVIII, n. 212. — *Contra* Bordeaux, 6 août 1833, S., 34. 2. 51. — Pont, II, n. 175.

(8) Pothier, n. 414.

(9) Pont, II, n. 176 ; Guillouard n. 140.

(10) Pont, *loc. cit.*, Guillouard, *loc. cit.*

seule fois [1], comme le voulait déjà Pothier [2], parce que dans le cas contraire le créancier subirait un retard qui lui serait préjudiciable.

Toutefois on décide le contraire dans le cas où il était impossible à la caution d'indiquer à la fois tous les biens du débiteur, c'est-à-dire si, depuis que l'exception a été opposée, il est survenu à ce dernier des biens nouveaux [3], ou si la caution a découvert des biens qui lui avaient d'abord échappé [4].

Les biens indiqués par la caution ne doivent pas être d'une discussion trop longue ni trop difficile. Cette considération a dicté l'alinéa 2 de l'article 2023 : « *Elle ne doit indiquer ni « des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la cour royale du lieu où le paiement doit être « fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette « qui ne sont plus en la possession du débiteur.* »

La première exception a pour but d'empêcher que le créancier ne soit obligé de discuter des biens trop éloignés. On l'a fondée sur une tradition constante, mais tout à fait à tort [5].

1032. Pourvu que les biens soient situés dans l'arrondissement, le domicile du débiteur lui-même importe peu [6].

Au contraire, dans l'ancien droit, lorsque le débiteur prin-

[1] Ponsot, n. 195 ; Troplong, n. 263; Pont, II, n. 179 ; Guillouard, n. 134.

[2] N. 411.

[3] Troplong, n. 264 ; Pont, II, n. 179 ; Guillouard, n. 134. — *Contra* Ponsot, n. 195.

[4] Pont, II, n. 179 ; Guillouard, n. 134. — Obs. de Bigot-Préameneu au Conseil d'État, Fenet, XV, p. 16.

[5] Dans l'ancien droit le créancier ne pouvait être tenu de discuter les biens situés hors du royaume. — Louet et Brodeau, let. D, n. 49 ; Argou, liv. IV, ch. XIII, II, p. 475. — Quant aux biens situés hors du ressort du Parlement, on admettait qu'ils devaient être discutés. — Argou, *loc. cit.* — Telle était la jurisprudence du Parlement de Paris ; Bretonnier sur Argou, II, p. 476. — La solution de l'art. 2023 n'existe pas en Allemagne.

[6] En Allemagne, la caution ne jouissait pas du bénéfice de discussion si elle est domiciliée dans un arrondissement moins éloigné que celui où estdomicilié le débiteur principal. — Eck, *loc. cit.* — Mais le Code civil ne reproduit pas cette restriction.

cipal était absent ou se cachait, le bénéfice de discussion pouvait être opposé (1).

1033. La défense d'indiquer des biens litigieux date de l'ancien droit (2) et la raison en est facile à saisir : l'obligation de soutenir des procès retarderait la satisfaction du créancier (3).

Un bien peut, comme dans l'article 2019, être litigieux sans donner lieu à un procès ; il appartient au juge du fond de déterminer si le bien indivis est litigieux (4).

On range les biens indivis au nombre des biens litigieux, à cause de la nécessité d'intenter, avant d'en poursuivre l'expropriation, une action en partage (5).

On considère également comme immeubles litigieux ceux sur lesquels pèsent un nombre trop considérable d'hypothèques, à cause des difficultés qu'en pareille hypothèse présente l'ordre (6).

1034. Quoique le créancier ait hypothèque sur certains immeubles du débiteur, la caution peut indiquer, en dehors de ces immeubles, ceux qui ne sont pas hypothéqués au créancier ; ce dernier ne saurait objecter que d'après l'article 2029 du Code civil, il ne peut poursuivre les seconds qu'en cas d'insuffisance des premiers (7), car, outre que ce texte est applicable seulement dans les rapports entre les créanciers d'un même débiteur, l'article 2021 ne demande pas que la caution indique exclusivement des biens susceptibles d'être discutés à la fois.

1035. L'article 2023 interdit d'indiquer les biens hypothé-

(1) Chorier, *op. cit.*, p. 221, cite un arrêt du 15 août 1461, ordonnant à la caution de représenter le débiteur dans la quinzaine, sinon de payer. Son annotateur dit qu'il est reçu en pratique que la caution ne peut opposer le bénéfice de discussion si le débiteur est absent depuis longtemps, se cache, refuse de payer ou est mort ; il cite, en ce qui concerne l'absence, un arrêt du 21 juin 1608.

(2) Favre, *Cod.*, VIII, VI, 29.

(3) Rapport de Chabot au Tribunat, Fenet, XV, p. 54 ; Guillouard, n. 136.

(4) Aubry et Rau, IV, p. 682, § 426, note 10 ; Guillouard, n. 136.

(5) Toulouse, 9 mars 1819, S. chr. — Pont, II, n. 181 ; Laurent, XXVIII, n. 215 ; Guillouard, n. 136.

(6) Paris, 5 fév. 1892, D., 91, 2. 497. — Guillouard, n. 136.

(7) Cass., 8 avril 1835, S., 35. 1. 717. — Pont, II, n. 185 ; Aubry et Rau, IV, p. 683, § 426, note 13 ; Laurent, XXVIII, n. 218 ; Guillouard, n. 144.

qués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur. Cette prohibition date de l'ancien droit (1) et s'inspire de l'idée que la discussion de ces immeubles serait longue et difficile (2). Quelques jurisconsultes l'ont combattue par l'idée que le créancier a à la fois pour garantie l'hypothèque et le cautionnement, et que la caution, en vertu de l'article 2037, est préférée à l'hypothèque.

Cette disposition n'a pas été reproduite par les législations récentes (3).

1036. La caution d'un codébiteur solidaire ne peut demander la discussion que des biens de ce dernier, et non pas de ceux des autres débiteurs (4), quoique Pothier ait soutenu le contraire (5). En effet, le bénéfice de discussion est fondé sur l'idée que la caution s'est engagée accessoirement au débiteur principal ; or, son obligation n'est l'accessoire que de l'obligation qu'elle a cautionnée ; c'est ce que montre l'article 2030, d'après lequel la caution n'a de recours que contre celui des codébiteurs qu'elle a cautionné. L'opinion contraire s'est fondée sur ce que la caution a cautionné en réalité tous les débiteurs principaux ; nous venons de montrer que cette idée est erronée.

Il va sans dire qu'en aucun cas la caution ne peut exiger la discussion des biens d'une autre caution (6).

1037. Il n'est pas nécessaire que les biens indiqués par la caution aient une valeur suffisante pour procurer le paiement intégral de la dette (7). Il est vrai que la discussion pourra avoir ainsi pour résultat de forcer le créancier à recevoir un paiement partiel, contrairement à l'article 1244 ; mais le mal ne sera pas bien grand, car le créancier aura le droit

(1) Obs. de Chabot, Fenet, XV, p. 71,

(2) Obs. de Goupil de Préfeln, Fenet, XV, p. 66 ; Guillouard, n. 137.

(3) *Espagne.* C. civ., 1889. — *Suisse*, C. féd., 493 (la caution peut renvoyer le créancier aux biens hypothéqués, sauf impossibilité de réalisation ou si le débiteur principal est en faillite). — *Allemagne.* C. civ., 773.

(4) Bugnet sur Pothier, n. 412, note 2 : Pont, II, n. 183 ; Laurent, XXVIII, n. 216 ; Guillouard, n. 138. — *Contra*, Troplong, n. 270.

(5) N. 412.

(6) Liège, 3 mars 1886, D., 88. 2. 71.

(7) Duranton, XVIII, n. 338 ; Pont, II, n. 178 ; Aubry et Rau, IV, p. 683, § 426, note 12.

d'exiger immédiatement que la caution paye le complément.

Toutefois il faut que les biens indiqués soient assez importants pour que leur réalisation aboutisse à un résultat sérieux (1).

D'ailleurs la caution peut indiquer des biens meubles comme des biens immeubles (2).

1038. L'exception de discussion est opposée par acte d'avoué à avoué, si les poursuites sont judiciaires, c'est-à-dire si le créancier ne s'est pas muni d'un titre exécutoire (3).

Si le créancier pourvu d'un titre exécutoire exerce des poursuites extrajudiciaires, le bénéfice sera opposé par acte extrajudiciaire (4).

III. *Effets du bénéfice de discussion.*

1039. Lorsque la discussion a été régulièrement requise par la caution, le créancier est obligé sous sa responsabilité personnelle d'y procéder. S'il néglige de le faire et que le débiteur devienne insolvable, il perdra la somme que la discussion lui aurait procurée, sans pouvoir en demander le remboursement à la caution. C'est ce que dit l'article **2024** : « *Toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens* « *autorisée par l'article précédent, et qu'elle a fourni les* « *deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à* « *concurrence des biens indiqués, responsable à l'égard de la* « *caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue* « *par le défaut de poursuites.* »

Cette responsabilité n'était pas admise par Pothier (5), qui s'appuyait sur l'idée que le bénéfice de discussion donne à la caution le seul droit de ne pas être poursuivi avant le débiteur principal ; le projet (6) adoptait la même solution, à

(1) Guillouard, n. 133. — C. civ. allemand, 773.

(2) Duranton, XVIII, n. 338 ; Troplong, n. 262; Pont, II, n. 178 ; Aubry et Rau, IV, p. 683, § 426, note 21 ; Laurent, XXVIII, n. 213 ; Guillouard, n. 133.

(3) Pont, II, n. 172 ; Guillouard, n. 132.

(4) Pont, II, n. 172 ; Guillouard, n. 132.

(5) N. 414.

(6) Fenet, XV, p. 6.

laquelle on reprocha avec raison de permettre, en fait, au créancier d'écarter le bénéfice de discussion (1).

Et cela est vrai non seulement si les offres de la caution sont acceptées par le créancier, mais encore si, à défaut d'acceptation, elles sont suivies de consignation (2). Une distinction, quoique acceptée sur la proposition du premier consul (3), n'a pas été insérée dans la rédaction définitive de l'article. Du reste, elle se justifierait mal (4).

C'est à la caution qu'il appartient d'établir que l'insolvabilité du débiteur est due au défaut de poursuites (5).

1040. Le créancier doit discuter tous les biens qui lui sont indiqués (6), sauf ceux que la loi le dispense de discuter.

Il doit établir la discussion à l'aide de la production des procès-verbaux de saisie ou de carence (7).

IV. *Cautions qui peuvent opposer le bénéfice de discussion*

1041. En principe toute caution peut demander le bénéfice de discussion, à moins d'un texte qui s'y oppose (8) : cela résulte des termes généraux de l'article 2021.

Art. 2042. « *La caution judiciaire ne peut point demander la discussion du débiteur principal.* »

C'était déjà la solution de l'ancien droit (9), qu'on avait empruntée aux glossateurs et qu'on justifiait par l'idée de l'autorité qui doit s'attacher au jugement (10). Certains auteurs ajoutent que l'exécution du jugement ne doit pas pouvoir être paralysée (11).

1042. Le droit de requérir la discussion préalable du dé-

(1) Discussion au Conseil d'État, Fenet, XV, p. 23.
(2) Guillouard, n. 142.
(3) Fenet, XV, p. 23.
(4) Guillouard, n. 143.
(5) Guillouard, n. 143.
(6) Troplong, n. 240 ; Guillouard, n. 144.
(7) Troplong, n. 245 ; Guillouard, n. 144.
(8) Guillouard, n. 120.
(9) Grands jours de Tours, 1533, cités par Louet, let. F, somm. 23. — Rebuffe, *De sentent. exécut.*, art. 1. gl. 18. n. 3 ; Louet, let. F. somm. 23 ; Argou, II, p. 378. liv. IV, ch. I.
(10) Louet, *loc. cit.*
(11) Guillouard, n. 121.

biteur constitue un bénéfice pour la caution ; elle est donc libre d'y renoncer (1), comme le décide l'article 2021 et comme cela était déjà admis dans l'ancien droit (2); et, conformément aux règles du droit commun, elle peut le faire soit expressément, soit tacitement (3). La renonciation expresse est le plus souvent contenue dans l'acte même qui constate le cautionnement ; elle y est presque de style ; on le constatait déjà dans l'ancien droit (4) et on avait voulu prendre les précautions pour la rendre moins facile (5).

1043. La renonciation expresse ou tacite doit être certaine (6).

La renonciation tacite peut résulter du retard que met la caution à opposer l'exception de discussion, lorsqu'elle est poursuivie par le créancier (7). En général la caution doit être déclarée déchue du bénéfice de discussion, si elle ne l'a pas opposé *sur les premières poursuites dirigées contre elles*, dit l'article 2021, ce qui n'exclut pas cependant le droit pour le juge d'apprécier les causes qui peuvent expliquer le retard de la caution. Ainsi la caution peut préalablement, sans être déchue, soutenir qu'elle n'est pas caution (8). Mais elle ne peut répondre aux poursuites au fond (9).

Déjà dans l'ancien droit, on décidait en général que le bénéfice de discussion devait être opposé sur les premières

(1) C. civ. allemand, 773.

(2) Guy Coquille, *Cout. de Nivernais*, tit. 29. art 36; Chorier, *op. cit.*, p. 251; Pothier, n. 408.

(3) Cass., 16 mars 1852, S., 52. 1. 636, D., 52. 1. 103. — Trib. civ. Sousse, 18 avril 1902, *Journ. trib. tunis.*, 1903. 364 (la renonciation résulte d'une clause portant que la caution s'engage à payer si le débiteur principal ne s'acquitte pas à l'échéance) — Pothier, n. 408 ; Trolong, n. 240 ; Pont, II, n 161 ; Laurent, XXVIII, n. 206 ; Guillouard, n. 123.

(4) Pothier, n. 408 et 416. — Argou, liv. IV, ch. I, II, p. 376, rapporte même que les notaires ne se donnaient pas la peine d'insérer la clause de renonciation et n'en indiquaient que le premier mot : « renonçants, etc. ».

(5) D'après certains auteurs, la renonciation était nulle si le notaire n'éclairait pas la caution sur son importance. Guy Coquille, *loc. cit.*

(6) Guillouard, n. 123.

(7) Duranton, XVIII, n. 334 ; Troplong, n. 251 s.; Pont, II, n. 167 s.; Aubry et Rau, IV, p. 682, § 426, note 7 ; Laurent, XXVIII, n. 211; Guillouard, n. 130.

(8) Duranton, XVIII, n. 335 ; Pont, II, n. 170 ; Aubry et Rau, IV, p. 682, § 426, note 8 ; Guillouard, n. 130.

(9) Aubry et Rau, IV, p. 682, § 426, note 3 ; Guillouard, n. 130.

poursuites, c'est-à-dire que l'exception de discussion était dilatoire [1].

1044. Le bénéfice de discussion ne peut pas être opposé pour la première fois en appel [2], car la caution, en ne l'opposant pas dans la première instance, est réputée y avoir renoncé.

1045. La caution qui se laisse poursuivre est censée avoir renoncé au bénéfice de discussion, alors même qu'ultérieurement et dans le cours de l'instance des biens nouveaux surviennent au débiteur [3]. Non seulement l'article 2021 s'exprime en termes généraux, mais surtout la renonciation s'induit de la volonté présumée de la caution au moment où s'accomplit l'acte d'où la loi fait ressortir la renonciation : or, au moment des poursuites, la caution qui n'a pas opposé l'exception de discussion est censée y avoir renoncé, et la découverte ultérieure de biens appartenant au débiteur serait tout au plus pour elle un motif de revenir sur sa renonciation, laquelle est irrévocable. Il nous importe donc peu que Pothier ait soutenu le contraire [4].

1046. Aux termes formels de l'article 2021, la caution solidaire ne peut opposer le bénéfice de discussion ; elle y a renoncé tacitement, car la manière dont elle s'est obligée montre qu'elle consent à être traitée de la même manière que le débiteur principal. Mais ceux qui veulent employer des termes dans leur sens propre, ne diront pas avec certains auteurs [5] que la caution solidaire est *déchue* du bénéfice de discussion.

La même solution est admise dans les pays étrangers [6].

Elle était rejetée par certains auteurs dans l'ancien droit [7].

[1] Pothier, n. 410 ; Chorier, *op. cit.*, art. 10, p. 252, quest. 221, 94 et 570 ; Annotateur de Chorier *op. cit.*, p. 253. — Cette condition, qui ne se trouvait pas indiquée dans le projet primitif du code (Fenet, XV, p. 5), fut ajoutée sur la demande de la section de législation du Tribunat (Fenet, XV, p. 28).

[2] Annotateur de Chorier, *op. cit.*, p. 253.

[3] Duranton, XVIII, n. 337 ; Ponsot, n. 191. — *Contra* Troplong, n. 256 ; Pont, II, n. 171 ; Aubry et Rau, IV, p. 682, § 426, note 9 ; Guillouard, n. 131.

[4] N. 410.

[5] Tartari, *Du cautionn. solid.*, p. 48.

[6] *Allemagne.* Eck, *loc. cit.* — C. civ., 773.

[7] Chorier, *op. cit.*, p. 251.

1047. Celui qui a promis de payer *pour le compte d'un autre* ne jouit pas du bénéfice de discussion (1).

1048. Art. 2043. « *Celui qui a simplement cautionné la « caution judiciaire, ne peut demander la discussion du « débiteur principal et de la caution.* »

Au contraire, dans l'ancien droit, le certificateur de la caution judiciaire pouvait demander la discussion de cette dernière (2) et c'est également la solution admise dans certains pays étrangers (3).

Mais le certificateur d'une caution ordinaire peut demander sa discussion (4).

1049. Le bénéfice de discussion est admis en matière commerciale comme en matière civile (5). La solution contraire était donnée à Rome pour les *argentarii* (6); mais cette solution n'a pas été reproduite par le code et à plus forte raison est-il inexact d'en tirer argument pour décider de même contre toutes les cautions commerciales. On ajoute que l'article 142 du Code de commerce interdit le bénéfice de discussion du donneur d'aval ; mais c'est là une disposition spéciale qui rend plus certain encore le principe contraire. Enfin on objecte la célérité nécessaire au commerce, mais ce n'est là qu'un argument de législation.

En législation, on soutient que la rapidité des affaires commerciales doit faire abolir le bénéfice de discussion en matière de commerce (7) ; nous n'en voyons pas la nécessité ;

(1) Chorier, *op. cit.*, art. 10, p. 252, quest. 221 et 94 (mais son annotateur *op. cit.*, p. 253, dit que la pratique avait fini par accorder à ce débiteur le bénéfice de discussion en le considérant comme caution).

(2) Argou, liv. IV, ch. I, II, p. 378.

(3) *Italie.* C. civ., art. 1924.

(4) Guillouard, n. 165.

(5) Cass., 4 mars 1851, S., 51. 1. 389, D., 51. 1. 123. — Rouen, 22 juil. 1871, D., 73. 2. 190. — Vincens, *Législ comm.*, II, p. 28 et 136 ; Pardessus, *Dr. comm.*, I, n. 537 ; Pont, II, n. 158 ; Massé, *Dr. comm.*, IV, n. 2743 ; Laurent, XXVIII, n. 209 ; Guillouard, n. 126. — *Contra* Alger, 22 fév. 1888, *Gaz. Pal.*, 88. 1. 740, *Ann. dr. comm.*, II, 1888, p. 115. — Troplong, n. 233 ; Delamarre et Lepoitvin, *Dr. comm.*, n. 88. — En Allemagne, ce bénéfice est exclu quand la dette principale ou le cautionnement a un caractère commercial (C. comm., art. 284, al. 2).

(6) Nov. 4, chap. III, i. f. et nov. 130, *præf.*

(7) Guillouard, n. 126.

car si le créancier craint un retard causé par l'exception de discussion, il peut ou demander la renonciation de la caution à ce bénéfice ou exiger qu'elle s'engage solidairement avec le débiteur.

§ VI. *De l'hypothèse où il existe plusieurs cautions et du bénéfice de division.*

I. *Obligation de chaque caution à la totalité de la dette.*

1050. Lorsque plusieurs personnes ont cautionné une même dette, l'obligation devrait, d'après les règles du droit commun, se diviser de plein droit entre les cautions, comme elle se divise entre codébiteurs (art. 1220). L'article 2025 est venu déroger à cette règle en disposant : « *Lorsque plu-* « *sieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débi-* « *teur pour une même dette, elles sont obligées chacune à* « *toute la dette.* »

Quelle est la raison de cette dérogation ? Il est difficile d'en trouver une satisfaisante (1) ; on n'en voit guère d'autre que la tradition. On a voulu la fonder sur l'idée que la caution s'oblige à tout ce que doit le débiteur principal (2) ; ce n'est là qu'une pétition de principe.

Certains codes étrangers admettent la division de plein droit (3).

1051. La loi dit que les cautions sont *obligées chacune à toute la dette,* mais elle ne dit pas qu'elles soient *débitrices solidaires* ; et nous en concluons que cette qualité ne leur appartient pas, car il n'y a pas de solidarité légale sans une loi qui l'établisse (arg. art. 1202). Il en résulte notamment que les dispositions des articles 1205 et 1207 ne sont

(1) Obs. du Tribunat, Fenet, XV, p. 28 ; Laurent, XXVIII, n. 221.

(2) Vinnius, *Select. quæst.*, lib. II, cap. 40 ; Domat. liv. III, tit. IV, sect. II, n. 6 ; Guillouard, n. 146.

(3) *Espagne*. C. civ., 1837. — En Allemagne, on suivait le système français. — C. gén. pruss., I, 14, § 374. — C. civ. saxon, 1458. — C. civ. autrichien, 1359. — Proj. de C. civ. allemand, 673. — Mais le nouveau C. civ. ne parle pas du bénéfice. — En Suisse, chaque caution est réputée certificateur de caution pour la part des autres. C. féd., 496.

pas applicables aux diverses cautions d'une même dette [1].

Par suite, la prescription interrompue contre l'une d'elles n'est pas, comme s'il s'agissait de débiteurs solidaires (C.civ., 1206 et 2249), interrompue contre les autres [2].

Le motif auquel a obéi l'article 2025 est à cet égard important à constater ; les cautions sont tenues de toute la dette parce qu'elles sont censées s'être engagées dans les mêmes limites que le débiteur principal, elles ne sont donc pas réputées solidaires entre elles.

II. *De la division effectuée spontanément par le créancier.*

1052. Suivant l'article 2027 : « *Si le créancier a divisé « lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir « contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement « au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolva- « bles.* » La raison en est que le créancier a, en pareil cas, tacitement renoncé au droit de poursuivre chaque caution pour le tout [3].

On admet qu'il en est de même si le créancier consent à recevoir d'une caution le paiement de sa part dans la dette [4], ou s'il est convenu d'avance que la dette sera divisée [5].

Il est inutile que la renonciation résultant des poursuites divisées soit acceptée par la caution [6], car la loi n'exige pas cette acceptation, pensant sans doute que la renonciation du créancier est la consécration d'un droit de la caution ; on ne peut donc opposer l'article 1211-3° du Code civil, qui décide le contraire en matière d'obligation solidaire.

(1) En Allemagne, on admet la solidarité. Eck, *loc. cit.* — C. civ., 769.

(2) Pont, II, n. 192 ; Aubry et Rau, IV, p. 685, § 426, note 20 ; Laurent, XXVIII, n. 220 ; Guillouard, n. 147. — *Contra* Troplong, n. 291.

(3) Guillouard, n. 158. — Cpr. *infra*, n. 1068.

(4) Guillouard, n. 158.

(5) Trib. civ. Nancy, 20 janv. 1890, *Rec. Nancy*, 90. 6.

(6) Pothier, n. 427 ; Duranton, XVIII, n. 347 ; Aubry et Rau, IV, p. 685, § 426, note 23 ; Guillouard, n. 159.

III. *Du bénéfice de division.*

A. *But et origine du bénéfice de division.*

1053. La loi ne refuse aux cautions le bénéfice du droit commun que pour leur permettre de le ressaisir en partie sous une autre forme : « *Néanmoins* », dit l'article **2026**, « *chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution.* » C'est un motif d'équité qui a fait établir le bénéfice de division comme le bénéfice de discussion.

1054. L'origine du bénéfice de division est dans un rescrit de l'empereur Hadrien (1). Il était admis dans l'ancien droit (2).

Le bénéfice de division existe dans certaines législations étrangères (3).

B. *Cautions entre lesquelles la division a lieu.*

1055. La caution qui invoque le bénéfice de division ne doit être condamnée que pour sa part dans la dette. La détermination de cette part rentre dans l'office du juge, et la loi lui trace les règles qui doivent le guider dans cette circonstance. Si toutes les cautions sont solvables au moment où il prononce sa sentence, le juge condamnera la caution qui a invoqué le bénéfice de division, pour sa part virile : un tiers s'il y a trois cautions, un quart s'il y en a quatre... Si au contraire il y a des cautions insolvables, le juge n'en tiendra pas compte pour opérer la division de la dette ; ainsi s'il y a cinq cautions dont deux insolvables, le juge calculera comme s'il y avait trois cautions seulement. D'où il suit que la caution qui invoque le bénéfice de division supporte sa part dans les insolvabilités de ses cofidéjusseurs, survenues à une époque antérieure à celle où le juge rend sa sentence

(1) Gaius, *Comment.*, III, §§ 121 et 122. — L. 26 et 27, D., *De fid.*, 46. 1.
(2) Argou, liv. IV, ch. I, II, p. 375 ; Pothier, n. 420.
(3) *Allemagne.* Eck, *loc. cit.* Cependant il n'existait pas en Prusse, *Cod. gén.*, XIV, §§ 374 et 378. — Nous avons dit que le Code civil ne le mentionne plus.

et cette disposition, empruntée au droit romain (1) et à l'ancien droit (2), es justifie par l'idée que le bénéfice de division ne doit pas nuire au créancier (3).

Mais les insolvabilités qui surviennent postérieurement ne la regardent pas : elle est quitte en payant sa part telle qu'elle a été fixée par le juge.

Tout ceci résulte de l'article 2026 alinéa 2, ainsi conçu : « *Lorsque, dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités ; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division.* »

1056. L'insolvabilité, suivant les termes formels de l'article 2026, s'apprécie au moment où la division est « prononcée » et non pas, par conséquent, au moment où elle est demandée (4). Et cela se conçoit : s'il est juste que le créancier soit tenu des insolvabilités contre lesquelles il aurait pu se prémunir en poursuivant immédiatement toutes les cautions, on ne peut le rendre responsable d'une insolvabilité antérieure au moment où la caution qui invoque le bénéfice de division s'est trouvée dégagée vis-à-vis de lui de la part des autres cautions.

Une caution, quoique insolvable, n'est pas réputée telle si elle a un certificateur solvable (5). C'est ce qu'on décidait en droit romain (6) et dans l'ancien droit (7).

1057. L'ancien droit assimilait à la caution insolvable celle dont les biens sont situés à l'étranger, en raison de la difficulté que le créancier éprouverait à discuter ces biens (8). Quelques législations étrangères adoptent la même solution (9), que certains auteurs recommandent au point de vue

(1) L. 26, D., *De fid.*, 46. 1; L. 10, § 1, C., *De fid.*, 8. 41 ; § 4, Inst., *De fid.*, 3. 21.

(2) Domat, liv. III, tit. 4, sect. 2, n. 6; Pothier, n. 420 s.

(3) Guillouard, n. 156.

(4) Troplong, n. 309 ; Pont, II, n. 211 ; Guillouard, n. 156.

(5) Pont, II, n. 215 ; Guillouard, n. 156.

(6) L. 27, D., *De fid.*, 46. 1.

(7) Pothier, n. 420.

(8) Pothier, n. 423.

(9) *Espagne.* C. civ., 1837. — *Portugal.* C. civ. 835.

législatif [1]. En droit, elle ne peut être fondée, les textes n'établissant pas cette assimilation [2] ; en législation, aujourd'hui que, dans aucun pays, les tribunaux ne refusent leur accès aux étrangers, elle nous paraît également devoir être écartée.

1058. Le créancier n'est tenu de diviser sa poursuite qu'entre les cautions dont l'engagement est valable [3], car le bénéfice de division n'a été admis qu'à raison de l'absence de danger qu'il offre pour le créancier.

Si l'engagement d'une caution est simplement annulable, cette caution doit être comprise parmi celles entre lesquelles la poursuite est divisée [4], car, tant que l'engagement n'est pas annulé, il produit ses effets civils.

Mais la caution peut alors, si ultérieurement cet engagement est annulé, recourir contre les autres cautions [5].

On ne peut excepter de la division les cautions qui se sont engagées postérieurement à celle qui demande la division [6]. La loi ne distingue pas, et son motif—la faveur de la caution sans aucun préjudice pour le créancier—ne cesse pas de s'appliquer. En vain objecte-t-on qu'une caution est réputée s'être engagée pour le tout parce qu'elle ne pouvait prévoir l'engagement ultérieur d'une autre caution; en toute hypothèse, les cautions s'engagent pour le tout, ainsi que le dit expressément l'article 2025.

1059. Les cautions qui se sont engagées à terme ou sous condition sont également comprises parmi celles entre lesquelles la division doit avoir lieu [7].

Mais si la condition à laquelle est subordonné l'engage-

(1) Guillouard, n. 157.

(2) Bugnet sur Pothier, *loc. cit.* ; Pont, II, n. 214 ; Guillouard, n. 157. — *Contra* Duranton, XVIII, n. 342 *bis* ; Ponsot, n. 216 ; Troplong, n. 312.

(3) Guillouard, n. 154.

(4) Pothier, n. 424 ; Ponsot, n. 218 ; Pont, II, n. 218; Laurent, XXVIII, n. 230 ; Guillouard n. 154.

(5) Mêmes auteurs.

(6) Ponsot, n. 214 ; Pont, II, n. 210 ; Guillouard, n. 155. — *Contra* Duranton, XVIII, n. 346.

(7) Pothier, n. 421 ; Guillouard, n. 155.

ment de l'une des cautions fait défaut, le créancier aura un recours contre les autres [1].

1060. Le créancier ne peut être obligé de diviser ses poursuites qu'entre les cautions d'un même débiteur : la division ne peut lui être imposée entre les cautions de divers codébiteurs solidaires [2]. L'article 2025 pose, en effet, le principe que les cautions sont obligées à toute la dette, et la dérogation que l'article 2026 y apporte doit être entendue d'une manière étroite. On objecte que la caution d'un codébiteur est caution de tous les autres ; cela n'est pas exact, puisque l'obligation de la caution peut survivre à l'obligation des débiteurs autres que le débiteur cautionné par elle.

Telle était, du reste, l'opinion de Pothier [3].

1061. Le bénéfice de division ne peut être opposé entre une caution et son certificateur [4]. Cette solution, déjà donnée en droit romain [5] et dans l'ancien droit [6], vient de ce que le certificateur n'est que la caution de la caution ; or le bénéfice de division n'est pas admis entre le débiteur principal et la caution.

1062. Il faut éviter de dire, comme on le fait souvent, que le juge opère la division de la dette entre toutes les cautions qui sont solvables à ce moment ; car cette proposition semble signifier que le juge condamnera chacune des cautions solvables à payer sa part, non seulement la caution contre laquelle la demande a été formée et qui invoque le bénéfice de division, mais aussi les autres, qui ne sont pas en cause. Or ce serait là une véritable hérésie : le juge ne peut condamner que la caution ou les cautions qui sont parties à l'instance, sauf aux autres à invoquer à leur tour le bénéfice de division quand elles seront poursuivies.

(1) Pothier, n. 421 ; Guillouard, n. 155.

(2) Pont, II, n. 209 ; Laurent, XXVIII, n. 229 ; Guillouard, n. 153. — *Contra* Troplong, II, n. 306 et 307.

(3) N. 419.

(4) Ponsot, n. 212 ; Troplong, n. 305 ; Pont, II, n. 209 ; Guillouard, n. 152.

(5) L. 27, § 4, D., *De fid.*, 46. 1.

(6) Pothier, n. 419.

C. *Conditions auxquelles est subordonné le bénéfice de division.*

1063. La loi n'exige pas que le bénéfice de division soit invoqué *sur les premières poursuites*, comme le bénéfice de discussion. On en conclut, conformément au sentiment de Pothier (1), qu'il peut être utilement invoqué en tout état de cause (2). La raison de cette différence est que le bénéfice de discussion constitue une exception *dilatoire*, tandis que le bénéfice de division constitue une exception *péremptoire*, puisqu'il a pour but de dégager complètement la caution pour la part des autres cautions. Or la renonciation à une exception dilatoire doit être plus facilement admise que la renonciation à une exception péremptoire.

Toutefois, en fait, la caution qui reste un certain temps sans opposer le bénéfice de division peut être réputée y avoir renoncé (3). Cette renonciation résultera de la condamnation au payement de la dette tout entière (4), ou de la distribution du prix de la vente des biens de la caution (5). On a même dit que la vente de ces biens suppose nécessairement la renonciation (6); mais cela est inexact, car la caution a pu laisser vendre ses biens en vue de l'acquittement de sa part seulement dans la dette (7).

Mais comme le bénéfice de division est une faveur accordée au cas de poursuites, il ne peut être invoqué avant les poursuites et chaque caution ne peut forcer le créancier à recevoir sa part virile dans la dette (8). C'était la solution de Pothier (9).

Elle est applicable, comme le disait également Pothier (10),

(1) N. 425.

(2) Duranton, XVIII, n. 348; Troplong, n. 295; Pont, II, n. 198; Aubry et Rau, IV, p. 695, § 426, note 22; Laurent, XXVIII, n. 223; Guillouard, n. 151.

(3) Guillouard, n. 154.

(4) L. 10, § 1, D., *De fid.*, 46. 1. — Pothier, n. 425; Troplong, n. 295; Pont, II, n. 200; Guillouard, n. 151.

(5) Troplong, n. 298; Pont, II, n. 201; Guillouard, n. 151.

(6) Duranton, XVIII, n. 348.

(7) Troplong, *loc. cit.*; Pont, *loc. cit.*; Guillouard, *loc. cit.*

(8) Guillouard, n. 149.

(9) N. 535.

(10) *Loc. cit.*

même au cas où « la caution alléguerait que le débiteur principal et les cofidéjusseurs, quoique encore solvables, commencent à dissiper leurs biens. »

Nous verrons plus loin que la caution peut renoncer au bénéfice de division [1].

1064. La caution n'est pas tenue de faire l'avance des frais de la poursuite que le créancier devra diriger contre les autres cautions [2] : car l'article 2026 ne contient pas sur ce point de disposition analogue à celle de l'article 2021, et, du reste, la situation est loin d'être la même : la caution reste obligée malgré le bénéfice de discussion ; elle est dégagée par le bénéfice de division.

D. *Des cautions qui peuvent invoquer le bénéfice de division.*

1065. Le bénéfice de division existe en matière commerciale comme en matière civile.

1066. Il résulte de l'article 2026 lui-même qu'on peut renoncer au bénéfice de division.

Déjà dans l'ancien droit cette renonciation était de style [3].

La renonciation peut être expresse ou tacite et n'est soumise à aucune formule sacramentelle [4].

D'autre part la caution solidaire ne jouit pas du bénéfice de division [5], car la solidarité est exclusive de la division (C. civ., 1200 et 1203).

De même le créancier qui poursuit pour sa part virile seulement l'une des cautions n'est pas pour cela réputé renon-

(1) V. *infra*, n. 1066.

(2) Duranton, XVIII, n. 348 *bis* ; Troplong, n. 315 ; Pont, II, n. 197 ; Laurent, XXVIII, n. 224 ; Guillouard, n. 150.

(3) Argou (*op. cit.*, II, p. 376) rapporte, comme pour le bénéfice de discussion, que les notaires avaient pris l'habitude d'insérer simplement dans leurs actes les mots « renonçants, etc. ».

(4) Pont, II, n. 203 s. ; Laurent, XXVIII, n. 225 ; Guillouard, n. 148.

(5) Cass. req., 16 mars 1898, S., 1902. 1. 321, D., 98. 1. 301. — Trib. civ. Seine, 12 mars 1888, *Pand. franç.*, 88. 2. 167. — Duranton, XVIII, n. 343 ; Pont, II, n. 205 ; Aubry et Rau, IV, p. 685, § 426, note 21 ; Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 45, n. 31 ; Guillouard, n. 148. — Dans le même sens, droit commun allemand. Eck, *loc. cit.* — *Espagne*. C. civ., 1837. — Il en est ainsi même si, en fait, le créancier divise son action. Cass. req., 16 mars 1898, précité

cer au droit de poursuivre chacune des autres pour la totalité ; l'article 2027 ne s'applique pas ici [1].

1067. Dans l'ancien droit, la caution judiciaire n'avait pas le bénéfice de division [2]. Elle jouit au contraire de ce bénéfice dans le droit moderne [3], car la loi ne refuse à la caution judiciaire que le bénéfice de discussion.

En droit romain les cautions du tuteur ne jouissaient pas du bénéfice de division vis-à-vis du pupille [4].

1068. Vis-à-vis même des cautions qui ne jouissaient pas du bénéfice de division, le créancier peut renoncer à la solidarité et opérer la division ; mais de ce que le créancier ne poursuit l'une de ces cautions que pour une partie de la dette, il ne ressort pas que le créancier ait entendu diviser définitivement la dette entre les cautions [5]. L'intention contraire peut cependant résulter des circonstances.

§ VII. *Rapports entre le créancier et la caution en droit international.*

1069. C'est la loi du lieu où est passé le cautionnement qui règle le point de savoir sous quelles conditions la caution est tenue [6].

1070. La question de savoir si la caution peut user du bénéfice de discussion est tranchée également par la loi du lieu où le cautionnement a été contracté, comme tous les effets du contrat [7].

Il en est de même pour le bénéfice de division.

(1) Chambéry, 15 juill. 1901, D., 1903. 2. 341.
(2) Argou, II, p. 378 ; Louët, let. F, somm. 23 : Pothier, n. 417
(3) Troplong, n. 303 ; Guillouard, n. 160.
(4) L. 12, D., *Rem. pup.*, 46. 6.
(5) Cass. req., 16 mars 1898, précité. — Cpr. *supra*, n. 1052.
(6) Von Bar, *Th. und Pr. des int. Privatrechts*, II, p. 109, n. 284. — *Contra* Trib. Copenhague, 2 fév. 1885, *Anal. journ. dr. int.*, XIV, 1886, p. 223 (domicile de la caution en ce qui concerne la durée de son engagement).
(7) Von Bar, *op. cit.*, II, p. 109, n. 284.

SECTION II

RAPPORTS ENTRE LE DÉBITEUR PRINCIPAL ET LA CAUTION

§ I. *Salaire de la caution.*

1071. Le cautionnement est gratuit, mais seulement par sa nature (1). Rien n'empêche que la caution se fasse payer le prix des risques qu'elle court par le débiteur principal (2).

Le cautionnement reste alors soumis aux règles du cautionnement (3).

1072. L'indemnité que stipule la caution du débiteur n'est pas soumise aux lois limitatives du taux de l'intérêt (4). Car, comme nous l'avons fait remarquer dans notre *Traité du prêt* (5), ces lois ne s'appliquent qu'au prêt véritable, et l'avance faite par la caution pour le compte du débiteur n'est pas un prêt.

Évidemment, il en est autrement si le prétendu cautionnement est un prêt (6).

1073. La caution qui s'est engagée sous l'ordre du débiteur, n'étant qu'un gérant d'affaires, n'a de recours que si les dépenses ont été utiles au débiteur (7).

Mais si ces dépenses ont été utiles, le recours aura la même étendue que si la caution s'est engagée sur l'ordre du débiteur (8) ; cela résulte des termes généraux de l'article 2028.

§ II. *Du rapport et de la réduction.*

1074. Le cautionnement, quoique gratuit, n'est pas une donation rapportable à la succession de la caution ou réduc-

(1) V. *supra*, n. 915.

(2) Limoges, 23 déc. 1817, S., 48. 2. 124, D., 48. 2. 85. — Duranton, XVIII, n. 300 ; Troplong, n. 15 ; Ponsot, n. 21 ; Pont, II, n. 16 ; Laurent, XXVIII, n. 123; Guillouard, n. 22.

(3) Guillouard, n. 22 et auteurs précités.

(4) Guillouard, n. 23. — *Contra* Laurent, XXVIII, n. 123.

(5) 2e éd., n. 824 s.

(6) Guillouard, n. 23.

(7) Guillouard, n. 167.

(8) Pont II, n. 244 ; Aubry et Rau, IV, p. 688, § 427, note 8 ; Guillouard, n. 167.

tible [1]. Car il n'y a pas, de la part de cette dernière, un appauvrissement véritable, mais une simple promesse éventuelle d'avancer des fonds pour le compte du débiteur. D'ailleurs, si la loi avait considéré le cautionnement comme une donation, elle l'aurait assujetti aux formes des donations.

Toutefois, si la caution a payé la dette, le débiteur principal qui lui succède doit rapporter l'avance faite, à titre de rapport de don ou de dettes [2].

1075. Le cautionnement prétendu est une véritable donation s'il est contracté par la caution dans l'intention de ne pas exiger le remboursement des avances qu'elle fera pour le compte du débiteur [3]. Dans ce cas le cautionnement sera sans aucun doute rapportable et réductible [4].

Il peut en être ainsi, par exemple, du cautionnement contracté par un père pour le payement des dettes de son fils failli [5].

1076. Il appartient au juge du fait de déterminer si la caution a d'avance renoncé à son recours contre le débiteur principal ; l'insolvabilité du débiteur, ses liens de parenté ou d'amitié avec la caution peuvent servir d'indices en ce sens [6].

§ III. *Recours de la caution contre le débiteur.*

1077. La caution qui a payé a le droit d'être remboursée ; car ce n'est pas sa propre dette qu'elle a soldée, mais celle d'autrui. Pour obtenir ce remboursement, elle a de son propre chef une action personnelle contre le débiteur ; en outre la loi lui accorde la subrogation dans les droits du créancier. En principe, la caution ne peut agir contre le débiteur, soit

[1] Troplong, n. 14 ; Ponsot, n. 24 ; Pont, II, n. 19 ; Guillouard, n. 20 et 35 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Tr. des donat. et Test.*, I, n. 847.

[2] Pont, II, n. 19 ; Guillouard, n. 21. — V. notre *Tr. des succ.*, 3e éd., III, n. 2764, 2954 s.

[3] Guillouard, n. 21 *bis* et 35.

[4] Guillouard, n. 21 *bis* et 35.

[5] Caen, 12 fév. 1846, *Rec. Caen*, X, 532.

[6] Cass., 5 avril 1809, S. chr. — Cass., 29 déc. 1858, S., 59. 1. 209, D., 59. 1. 102. — Paris, 21 déc. 1843, S., 44. 2. 80. — Ponsot, n. 25 ; Troplong, n 41 ; Pont, II, n. 19 ; Guillouard, n. 21 *bis*.

par l'action personnelle, soit par l'action subrogatoire qu'après avoir payé. Dans certains cas exceptionnels cependant, la loi accorde à la caution un recours anticipé.

I. *Recours de la caution par l'action personnelle*

1078. « *La caution qui a payé, a son recours contre le* « *débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné* « *au su ou à l'insu du débiteur* » (art. 2028 al. 1); ce recours est de l'essence même du cautionnement.

Il était accordé en droit romain à toute caution; le *sponsor* avait même une action au double contre le débiteur qui contestait la dette (1).

Quel est le fondement de ce recours? Si le cautionnement est intervenu *au su* du débiteur, il est le résultat d'un mandat soit exprès, soit tacite donné par le débiteur à la caution ; c'est donc par l'action de mandat (*mandati contraria*) que la caution demandera son remboursement (2), conformément au droit romain (3) et l'ancien droit (4). Si le cautionnement s'est produit *à l'insu* du débiteur, mais cependant sans opposition de sa part, on peut le considérer comme constituant une gestion d'affaires : la caution a géré utilement l'affaire du débiteur en répondant pour lui ; elle aura donc, pour obtenir son remboursement après avoir payé, l'action de gestion d'affaires, *negotiorum gestorum contraria* (5). C'était encore la solution du droit romain (6) et de l'ancien droit (7).

A. *Montant du recours.*

1079. « *Ce recours a lieu tant pour le principal que pour* « *les intérêts et pour les frais* » (art. 2028 al. 2, 1re partie).

L'expression de *principal* comprend ici tout ce que la caution a payé en l'acquit du débiteur, par conséquent non seulement le capital de la dette, mais aussi les intérêts, en sup-

(1) Gaius, *Inst.*, III, § 127.
(2) Guillouard, n. 11 et 32.
(3) L. 29, § 6, D., *Mand.*, 17. 1.
(4) Pothier, n. 429.
(5) Guillouard, n. 11 et 32.
(6) L. 20, § 1, D., *Mand.*, 17. 1.
(7) Pothier, n. 429.

posant qu'ils fussent compris dans le cautionnement et que la caution ait par suite été forcée de les payer [1]. A l'égard du débiteur, on distingue bien le principal de la dette des intérêts ; mais cette distinction n'a pas lieu en ce qui concerne la caution : tout ce qu'elle paie en l'acquit du débiteur forme pour elle le *principal*.

1080. Les *intérêts* désignent les intérêts du principal tel que nous venons de le définir, c'est-à-dire les intérêts de tout ce que la caution a payé au créancier en l'acquit du débiteur. Ces intérêts sont dus de plein droit à la caution, par dérogation à la règle de l'article 1143 alinéa 3, et par adoption de la solution généralement admise dans l'ancien droit [2], et cependant combattue par Pothier [3], lequel ne faisait courir les intérêts que du jour de la demande en justice.

Cela est conforme au droit commun et admis par tout le monde si la caution a agi sur l'ordre et comme mandataire du débiteur [4] (C. civ., 2001).

Il n'en est peut-être pas de même si la caution a agi comme gérant d'affaires du débiteur. Car on sait que la question de savoir si l'article 2001 est applicable au gérant d'affaires est très discutée.

Cependant, sans trancher cette dernière question, on doit décider, à cause des termes généraux de l'article 2028, que la caution qui est gérant d'affaires du débiteur peut réclamer au débiteur les intérêts dès le jour du payement et non pas seulement à partir de la mise en demeure [5]. Aucune objection ne peut prévaloir contre cet argument, et on se trompe,

(1) Guillouard, n. 171.

(2) Roussaud de Lacombe, v° *Caution*, n. 9 ; Domat, liv. III, tit. IV, sect. III, n. 2.

(3) N. 440.

(4) Larombière, art. 1153, n. 37 ; Guillouard, n. 171, et les auteurs cités à la note suivante.

(5) Cass., 21 juin 1823, S. chr. — Toulouse, 4 fév. 1829, S. chr. — Caen, 7 août 1840, S., 40. 2. 528. — Caen, 4 juil. 1842, S., 43. 2. 247. — Duranton, XVIII, n. 352 ; Ponsot, n° 240 ; Troplong, n. 346 ; Pont, II, n. 237 ; Aubry et Rau, IV, p. 689, § 427, note 12 ; Laurent, XXVIII, n. 233 ; Guillouard, n. 171 s. et 176. — *Contra* Larombière, art. 1153, n. 37.

comme nous l'avons montré, en disant que l'article 2028 parle des intérêts payés par la caution au créancier ; ces intérêts sont considérés comme un capital. En vain donc dit-on que la caution subrogée au créancier ne peut réclamer les intérêts que du jour de la mise en demeure ; à d'autres points de vue l'action que la caution exerce de son chef est supérieure à celle qu'elle exerce du chef du créancier. Enfin nous rappelons que l'ancien droit ne faisait pas de distinction.

Cette solution est applicable aux intérêts non seulement du principal, mais encore des intérêts payés au créancier (1).

1080 *bis*. Même pour les intérêts payés par la caution, son recours ne se prescrit que par trente ans (2).

1081. Le mot de *frais* comprend, dans sa généralité, d'abord les frais faits *contre le débiteur* et que la caution a été forcée de payer en vertu de l'article 2016 (3), ensuite ceux faits dans l'instance engagée par le créancier *contre la caution elle-même* (4).

Et toutefois il existe, en ce qui concerne ces derniers, une restriction, que la loi formule en termes assez défectueux dans la partie finale de l'alinéa 2 de l'article 2028 : « *Néanmoins, la caution n'a de recours* QUE *pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle.* » Lisez : *n'a de recours pour les frais par elle faits* QUE *depuis qu'elle a dénoncé...* Il est juste que les frais antérieurs à cette dénonciation (à l'exception cependant de ceux de la première demande) demeurent à la charge de la caution ; car, si le débiteur avait été informé de l'existence des poursuites, il les aurait peut-être arrêtées en payant.

(1) Toulouse, 4 fév. 1829, S. chr. — Caen, 7 août 1840, S., 40. 2. 528. — Caen, 4 juill. 1842, S., 43. 2. 247. — Guillouard, n. 173 ; Planiol, II, n. 2356.

(2) Caen, 7 août 1840, précité. — Ponsot, n. 245; Troplong, n. 351 : Pont, II, n. 260 ; Guillouard, n. 173 ; Planiol, II, n. 2356.

(3) Duranton, XVIII, n. 350 ; Troplong, n. 350 ; Pont, II, n. 239 et 240; Aubry et Rau, IV, p. 689, § 427, note 10 ; Laurent, XXVIII, n. 234 ; Guillouard, n. 174 : Planiol, *loc. cit.*

(4) Duranton, *loc. cit.* ; Troplong, *loc. cit.*, Pont, *loc. cit.*, Guillouard, *loc. cit.*; Planiol, *loc. cit.*

Et cela s'applique également aux frais faits par le créancier *contre la caution* (1).

Toutefois la caution a, en tous cas, un recours pour les frais des actes qui ont ouvert l'instance, car c'est seulement après ces actes qu'elle peut être coupable de n'avoir pas fait la dénonciation : telles sont l'assignation du créancier (2), ou la constitution d'un avoué par la caution (3).

1082. L'article 2028 se termine par ces mots : « *Elle* « [la caution] *a aussi recours pour les dommages et intérêts,* « *s'il y a lieu.* » De sorte que la caution pourra obtenir, outre les intérêts des sommes qu'elle a déboursées pour le compte du débiteur, des dommages et intérêts supplémentaires *s'il y a lieu*, c'est-à-dire si la première indemnité (qui lui est allouée sous forme d'intérêts) ne suffit pas pour la dédommager. Exception remarquable à la règle de l'article 1153 alinéa 1, que ce texte d'ailleurs nous avait laissé pressentir par ces mots : *sauf les règles particulières... au cautionnement* (4).

Comme le mandataire, la caution peut avoir droit à des dommages-intérêts même si elle est salariée (5).

1083. Il va sans dire que la caution qui n'a payé qu'une partie de la dette a un recours pour cette portion (6).

Mais si réciproquement la caution a payé plus qu'il n'était dû, elle n'a de recours que pour le montant de la dette (7). Cette solution est d'évidence ; elle a été donnée lors des travaux préparatoires (8).

Si elle a payé moins qu'il n'était dû, par suite d'une transaction ou d'une remise faite par le créancier, elle n'a de

(1) Lyon, 9 déc. 1882, sous Cass., 9 fév. 1887, *Pand. franç.*, 87. 1. 97. — Pont, II, n. 240; Guillouard, n. 174.

(2) Guillouard, n. 174.

(3) Guillouard, n. 174.

(4) Duranton, XVIII, n. 351 ; Ponsot, n. 238; Troplong, n. 351; Pont, II, n. 242; Laurent, XXVIII, n. 235; Guillouard, n. 175.

(5) Duranton, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

(6) Cass., 22 janv. 1868 (impl.), S., 68. 1. 256. — Cass. civ., 25 nov. 1891, S., 92. 1. 298, D., 92. 1. 261. — Guillouard, n. 164 et 181.

(7) Guillouard, n. 170.

(8) Fenet, XV, p. 56.

recours que pour ce qu'elle a payé (1). Car ce n'est pas en faveur de la caution que le créancier a abandonné une partie de ses droits.

1084. La caution qui, engagée pour un débiteur failli qui a obtenu un concordat, est obligée de payer la totalité de la dette, ou la portion de la dette qui excède les sommes laissées par le concordat au compte du failli, n'a pas de recours pour cet excédent (2); la solution contraire aboutirait à priver le failli du bénéfice du concordat.

Il en est de même en cas de concordat par abandon d'actif (3).

Toutefois, si la caution s'engage à nouveau, pour faciliter le concordat, avec le consentement du débiteur, à payer l'excédent, elle a pour cet excédent un recours contre le failli (4). On ne peut soutenir que la caution, dont le nouvel engagement confirme son premier engagement, obtient ainsi, au détriment des autres créanciers du failli, un avantage particulier, interdit par les articles 597 et 598 du Code de commerce. A la vérité la caution s'assure un recours intégral que son premier engagement ne lui aurait pas procuré; mais les avantages prohibés sont uniquement ceux qui sont clandestins et d'autre part il s'agit ici d'un avantage qui ne lèse pas les autres créanciers, puisque le débiteur ne distrait au profit de la caution aucune partie de son actif actuel.

1085. Si la caution a une créance quelconque contre le débiteur, elle peut concourir avec le créancier de la dette cautionnée (5), quoique ce concours nuise au créancier; car elle ne contracte pas l'obligation d'assumer définitivement le payement de cette dette (6). Elle peut également se faire

(1) Ponsot, n. 234; Pont, II, n. 235; Laurent, XXVIII. n. 232; Guillouard, n. 170.

(2) Cass. civ., 22 mars 1844, D. *Rép.*, v° *Faillite*, n. 834 et 1009.

(3) Agen, 22 mars 1898, D., 98. 2. 269. — V. *infra*, n. 1088.

(4) Cass. civ., 27 janv. 1886, D., 86. 1. 396.

(5) Labbé, *Note*, S., 72. 1. 49; Guillouard, n. 164.

(6) Cass., 26 déc. 1871, S., 72. 1. 49, D., 73. 1. 145. — Labbé, *loc. cit.*; Guillouard, *loc. cit.*

payer par le débiteur, sans avoir à rapporter au créancier de la dette cautionnée ce qu'elle a reçu; et cela pour la même raison.

De même la caution qui a payé une partie de la dette peut concourir avec le créancier sur les biens du débiteur, pour obtenir son remboursement (1), et n'a pas à tenir compte au créancier du remboursement obtenu avant que ce dernier n'ait agi (2).

1086. Le recours peut, comme nous le dirons plus loin, être exercé pour le tout contre chacun des codébiteurs cautionnés (3).

B. *Conditions du recours.*

1087. L'article 2028 donne recours à la caution qui a payé.

Le recours existe également si la caution s'est acquittée par voie de compensation (4), ou a assumé la dette par voie de novation (5). Pothier donnait ces deux dernières solutions (6).

1088. Cependant il va sans dire que la caution n'a pas de recours si elle a payé une dette éteinte; par exemple, le concordat par abandon d'actif consenti au débiteur éteignant la dette (7), la caution qui paye après ce concordat est privée de tout recours (8).

1089. « *La caution qui a payé une première fois, n'a* « *point de recours contre le débiteur principal qui a payé* « *une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du paiement* « *par elle fait*; *sauf son action en répétition contre le créan-*

(1) Cass., 1er août 1860, S., 61. 1. 365, D., 60. 1. 502. — Cass., 21 janv. 1868, (impl.). S., 68. 1. 256. — Cass. civ., 25 nov. 1891, S., 92. 1. 298, D., 92. 1. 261. — Rennes, 22 mai 1858, S., 59. 2. 298. — Pont, II, n. 275; Guillouard, n. 16 et 181. — *Contra* Douai, 14 juil. 1855, D., 56. 2. 301.

(2) Cass. civ., 25 nov. 1891, précité. — Guillouard, *loc. cit.*

(3) V. *infra*, n. 1119 s.

(4) Cass., 7 mars 1876, S., 76. 1. 448, D., 76. 1. 350. — Troplong, n. 333; Pont, II, n. 231; Laurent, XXVIII, n. 238; Guillouard, n. 168.

(5) Mêmes auteurs.

(6) N. 430.

(7) V. *infra*, n. 1155.

(8) Agen, 22 mars 1898, précité.

« *cier. — Lorsque la caution aura payé sans être poursuivie* « *et sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point* « *de recours contre lui dans le cas où, au moment du paie-* « *ment, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer* « *la dette éteinte*; *sauf son action en répétition contre le* « *créancier* » (art. 2031).

La caution qui a payé la dette n'a pas davantage de recours contre le débiteur qui l'avait payée antérieurement.

Toutefois il en est autrement si le débiteur n'avait pas informé la caution du payement qu'il avait fait (1); car le second payement a été alors effectué par la faute du débiteur et d'ailleurs on peut invoquer par analogie et même par *a fortiori* l'article 2031, qui refuse à la caution tout recours contre le débiteur qui, dans l'ignorance d'un payement fait par la caution, acquitte la dette à son tour. Enfin le droit romain (2) et l'ancien droit (3) décidaient en ce sens.

Il en est ainsi même si la caution a payé la dette sans être poursuivie par le créancier (4). On a invoqué par analogie en sens contraire l'article 2031-2°. L'argument est insuffisant, car la caution est également favorable dans les deux cas.

Mais on décide avec raison que la caution n'a pas de recours si elle est en faute d'avoir payé, par exemple si elle était prévenue que le débiteur devait payer (5).

1090. La caution a un recours quoiqu'elle ait omis d'opposer une exception au créancier, si cette exception lui était personnelle (6); le débiteur, qui ne pouvait se prévaloir de cette exception, ne peut se plaindre qu'elle n'ait pas été opposée. Le droit romain était en ce sens (7).

(1) Lyon, 14 mai 1857, S., 58. 2. 16, D., 58. 2. 83. — Troplong, n. 382; Aubry et Rau, IV, p. 690, § 427, note 16; Guillouard, n. 178. — *Contra* Pont, II, n. 255; Laurent, XXVIII, n. 240.

(2) L. 29, § 2, D., *Mand.*, 17.1.

(3) Domat, liv. III, tit. IV, sect. III, n. 7; Pothier, n. 438.

(4) Guillouard, n. 178. — *Contra* Lyon, 14 mai 1857, précité. — Domat, *loc. cit.*

(5) Guillouard, n. 178.

(6) Guillouard, n. 180.

(7) L. 29, § 6, D., *Mand.*, 17. 1.

Il en est autrement des exceptions inhérentes à la dette ou de celles qui sont personnelles au débiteur.

Cependant, on décide, après Pothier [1], que la caution ne peut être blâmée de n'avoir pas opposé la prescription, moyen peu honorable, pourvu qu'elle mette le débiteur en cause sur la poursuite du créancier afin que le débiteur, s'il le juge utile, invoque la prescription [2].

La caution n'a pas de recours contre le débiteur si ce dernier, malgré le payement fait, est exposé à payer une seconde fois [3], par exemple si la caution a donné en payement la chose d'autrui [4].

1091. Si le créancier a fait, à titre gratuit, remise de la dette à la caution, cette dernière a un recours contre le débiteur [5], ainsi que l'enseignait Domat [6], car elle est donataire de la créance.

Si la caution a obtenu simplement remise du cautionnement, elle n'a pas de recours contre le débiteur [7]; c'est encore ce que disait Domat [8].

1091 *bis*. Le recours ne peut être supprimé ou modifié que par une convention entre le débiteur et la caution; faite avec une seule des cautions, cette convention n'est pas opposable aux autres [9].

C. *Époque de recours.*

1092. En principe le recours peut être exercé seulement après le payement opéré par la caution. La caution, malgré l'autorité de Pothier [10], ne peut pas, en payant la dette avant l'échéance, se procurer une action immédiate en indemnité

(1) N. 434.
(2) Guillouard, n. 180.
(3) Pothier, n. 436 ; Guillouard, n. 181.
(4) Pothier *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*
(5) Pont, II, n. 232 ; Guillouard, n. 168.
(6) Domat, liv. III, tit. IV, sect. III, n. 12.
(7) Pont, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*
(8) *Loc. cit.*
(9) Trib. civ., Seine, 30 juill. 1897, *Droit*, 15 déc. 1897 (convention réduisant le recours à certains biens).
(10) N. 406.

contre le débiteur [1]. Elle s'autoriserait ainsi à choisir elle-même le moyen de se prémunir contre l'insolvabilité possible du débiteur, et ce droit, nous l'avons montré, ne lui appartient pas. Notre opinion fait, à la vérité, éprouver une perte à la caution, mais cette perte est causée par sa faute.

1093. Mais il en est autrement en cas de prorogation de délai ; puisque aux termes de l'article 2039 la caution peut obliger le débiteur à payer la dette, elle peut également l'obliger à lui rembourser la dette payée [2]. Nous montrerons même qu'elle jouit immédiatement de la subrogation légale.

1094. En sens inverse certains événements peuvent se produire, qui inspirent à la caution la crainte légitime d'être obligée de payer la dette à l'échéance et de ne pouvoir à cette époque exercer qu'un recours illusoire contre le débiteur. La loi autorise alors la caution à agir immédiatement contre le débiteur, pour obtenir sa décharge ou des sûretés destinées à garantir l'efficacité de son recours ultérieur. Ces cas sont limitativement déterminés par l'article 2032, ainsi conçu :

« *La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre* « *le débiteur pour être par lui indemnisée.*

« 1° *Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement.* »

L'ancien droit admettait déjà cette cause de décharge [3]. Toutefois certains auteurs exigeaient que la caution eût été condamnée [4] et telle était la solution du droit romain [5].

La caution aura plus d'avantage, dans cette première hypothèse, à opposer le bénéfice de discussion, si elle n'y a pas renoncé, et, dans le cas contraire, à appeler le débiteur en garantie : ce qui lui permettra d'arrêter les poursuites du créancier en opposant à celui-ci l'exception dilatoire de l'article 179 du Code de procédure civile.

(1) Pont, II, n. 301 ; Laurent, XXVIII, n. 260. — *Contra* Ponsot, n. 272 ; Troplong, n. 406 et 407.

(2) Caen, 24 janv. 1887, D., 88. 2. 127. — Guillouard, n. 252.

(3) Argou, liv. IV, ch. I, II, p. 381 ; Pothier, n. 441.

(4) Chorier, *op. cit.*, liv. IV, sect. VII, art. 10, p. 222, quest. 570.

(5) L. 38, § 1, D., *Mand.*, 17. 1. — L. 10, C., *Mand.*, 4. 35.

1095. « 2° *Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture.* »

On suppose que le créancier, pleinement rassuré par la garantie que le cautionnement lui procure, néglige de produire au passif de la faillite du débiteur (1) ; il n'y est d'ailleurs pas obligé, malgré l'article 2037, vis-à-vis de la caution (2). La loi permet alors à la caution de s'y présenter à sa place et d'obtenir la collocation qu'il aurait pu obtenir lui-même (3). Dans le droit romain (4) et dans l'ancien droit (5) déjà, la caution pouvait demander sa décharge si le débiteur dissipait ses biens. La raison en est que la caution a ici la certitude d'être obligée de payer à l'échéance ; et, si elle était forcée d'attendre à cette époque pour exercer son recours, il serait probablement trop tard pour qu'elle pût utilement produire à la faillite. Voilà pourquoi la loi lui permet d'exercer un recours anticipé.

Les termes de l'article 2032-2° exigent une déconfiture complète et une faillite déclarée (6). L'ancien droit et le droit romain étaient moins exigeants et leur solution, reproduite par certaines législations étrangères (7), est plus recommandable que celle du code (8).

Il va sans dire que, si le créancier produit à la faillite, la caution n'a pas le droit de produire aussi de son côté (9). Autrement la même créance figurerait deux fois au passif de la faillite ; il y aurait double emploi.

La caution colloquée dans la faillite du débiteur peut se faire attribuer effectivement le montant de cette collocation avant même d'avoir payé le créancier (10).

(1) Trib. civ. Seine, 28 février 1902, *Droit*, 4 sept. 1902.

(2) V. *infra*, n. 1176.

(3) On a décidé avec raison que cela est applicable à la femme qui s'est obligée solidairement avec son mari, car elle est dans ses rapports avec lui réputée caution. Amiens, 30 mars 1899, *Rec. Amiens*, 99. 73.

(4) L. 38, § 1, D., *Mand.*, 17. 1. — L. 10, C., *Mand.*, 4. 35.

(5) Chorier, *loc. cit.* ; Argou, *loc. cit.*

(6) Pont, II, n. 289; Guillouard, n. 200. — *Contra* Troplong, n. 395 ; Massé et Vergé, V, p. 76, note 15.

(7) *Suisse*, C. féd., art. 511.

(8) Guillouard, n. 200.

(9) Paris, 2 juin 1853, S., 53. 2. 534, D., 56. 2. 145. — Guillouard, n. 201.

(10) Amiens, 26 mai 1874, S., 75. 2. 113, D., 76. 2. 130. — Ponsot, n. 266;

1096. « 3° *Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter « sa décharge dans un certain temps.* »

Telle était déjà la solution du droit romain, qui paraît avoir exigé que la convention fût faite au moment de l'engagement de la caution (1) ; mais l'ancien droit avait déjà supprimé cette condition (2).

1097. « 4° *Lorsque la dette est devenue exigible par « l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée.* »

Si la caution attendait pour agir que le créancier l'eût poursuivie, son recours serait peut-être illusoire, le débiteur étant devenu insolvable.

Ce cas ne provient pas du droit romain, mais il était admis dans l'ancien droit (3).

1098. « 5° *Au bout de dix années, lorsque l'obligation prin- « pale n'a pas de terme fixe d'échéance, à moins que l'obli- « gation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature « à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé.* »

Cette disposition, qui a racine dans le droit romain et l'ancien droit (4), et dont la rédaction est assez embarrassée, signifie que la caution peut exercer un recours anticipé au bout de dix ans, lorsque l'obligation principale est d'une durée tout à la fois indéfinie et *illimitée*, mais non lorsqu'elle est d'une durée *limitée* quoique indéfinie, comme l'obligation d'un tuteur (5), du débiteur d'une rente viagère (6),

Pont, II, n. 287 et 288 ; Laurent, XXVIII, n. 253 ; Guillouard, n. 201. — *Contra* Grenoble, 3 août 1853, S., 54. 2. 449, D., 55. 2. 70. — Troplong, n. 395

(1) L. 10, C., *Mand.*, 4. 35.

(2) Pothier, n. 441.

(3) Domat, liv. III, tit. IV, sect. III, n. 3 ; Bourjon, tit. I, chap. V, sect. III, § 15.

(4) Dans l'ancien droit et en droit romain il était admis que la caution pouvait demander sa décharge si elle était obligée depuis longtemps ; on laissait au juge le soin de décider si le délai était suffisamment long. — L. 38, § 1, D., *Mand.*, 17. 1. — L. 10, C., *Mand.*, 4. 35. — Chorier, *loc. cit.* ; Argou, liv. IV, chap. I (II, p. 380) ; Domat, liv. III, tit. IV, sect. III, n. 3 ; Pothier, n. 441. — Certains auteurs, partant de l'idée qu'au bout de deux ans un acte est réputé ancien, conseillaient au juge, tout en le laissant libre, d'admettre après deux ans la décharge de la caution (Chorier, *op. cit.*, p. 253, quest. 217). — La caution de rente ne pouvait pas demander sa décharge, quel que fût le temps écoulé. — Arrêt de Grenoble 14 fév. 1635, cité par Chorier, p. 253.

(5) Guillouard, n. 203.

(6) Guillouard, n. 203.

d'un mari pour la restitution de la dot de sa femme (1), d'un usufruitier (2). Dans ce cas, l'intention de la caution a dû être de s'engager pour tout le temps que durerait l'obligation, tandis qu'il est peu probable qu'elle ait eu la même pensée dans la première hypothèse.

A la différence de la rente viagère, la rente perpétuelle est comprise dans les dettes dont la caution peut se faire décharger au bout de dix ans (3), car le débiteur d'une rente perpétuelle a le droit de la rembourser et la caution a pu supposer qu'il la rembourserait. Pothier était en ce sens (4).

1099. L'article 2032 déroge au droit commun, puisqu'il permet un recours avant le paiement; il est donc limitatif (5).

On ne peut, par suite, admettre les recours anticipés qui dans l'ancien droit étaient autorisés si le débiteur laissait les intérêts s'accumuler (6), s'il survenait une inimitié capitale entre le débiteur et la caution (7) et si la caution devait faire un long voyage (8).

Il n'y a pas davantage lieu à décharge si le débiteur est en demeure ou si un fait quelconque met les intérêts de la caution en péril (9).

Nous verrons plus loin qu'en cas de prorogation de terme accordée au débiteur, la caution a un recours de nature spéciale contre ce dernier (10).

1100. Le recours que l'article 2032 accorde à la caution ne peut être exercé si le créancier agit directement contre le débiteur (11). Ce recours anticipé est, en effet, fondé sur

(1) Guillouard, n. 203.

(2) Guillouard, n. 203.

(3) Duranton, XVIII, n. 364; Ponsot, n. 271; Troplong, n. 405; Pont, II, n. 294; Aubry et Rau, IV, p. 691, § 427, note 22; Guillouard, n. 203.

(4) N. 443.

(5) Ponsot, n. 276; Troplong, n. 410; Pont, II, n. 297 et 298; Laurent, XXVIII, n. 257; Guillouard, n. 204.

(6) Domat, liv. I, tit. IV, sect. 3, n. 3.

(7-8) Charondas, Papon, cités par Despeisses, *Des contrats*, 2e part., tit. II, sect. 3, n. 36 et n. 37. Cet auteur constate que ces deux derniers cas de recours étaient tombés en désuétude. — *Portugal*. C. civ., 814; la caution peut demander la décharge « si *le débiteur* a l'intention de s'absenter du royaume ».

(9) Guillouard, n. 204.

(10) V. *infra*, n. 1191 s.

(11) Douai, 12 fév. 1891, D., 93. 2. 481. — Trib. civ. Bernay, 24 avril 1894,

l'idée que la caution a le droit de se prémunir contre l'éventualité du paiement qu'elle pourra être forcée de faire ; or cette éventualité disparaît en grande partie si le créancier agit contre le débiteur. D'un autre côté, l'article 2032 s'inspire de l'idée que le recours anticipé de la caution ne saurait nuire aux autres créanciers du débiteur cautionné ; le préjudice est, au contraire, certain pour eux si la caution et le créancier agissent en même temps. Enfin il est inadmissible qu'une même créance soit colloquée deux fois dans une même distribution ; il n'est pas plus admissible que la présence de la caution, dont l'engagement a été fourni pour augmenter les garanties du créancier, nuise à ce dernier en diminuant le montant de sa collocation, et quelquefois, comme nous allons le voir, en l'empêchant d'être colloqué.

On a invoqué dans le même sens les article 542 et 543 du Code de commerce. Mais ces articles, d'ailleurs spéciaux à la faillite, ont trait à une tout autre question.

Il suit de là que si le cautionnement était fourni par la femme du débiteur, l'hypothèque légale qui garantit à la date de son engagement, suivant l'article 2135 du Code civil, son recours contre le mari, ne peut être opposée au créancier, même chirographaire (1).

Les tiers que la femme a subrogés à son hypothèque ne sauraient avoir plus de droits (2).

1101. On qualifie ordinairement d'*action en indemnité* le recours dont parle l'article 2032. Cette qualification, qu'on a essayé de justifier (3), nous paraît inexacte (4) ; car la caution demande une garantie contre des éventualités ultérieures et non pas une indemnité, laquelle suppose la réparation d'un dommage.

1102. La caution peut demander soit sa décharge, soit

Gaz. Pal., 94. 2, *Suppl.*, 7. — Pont, n. 286 ; Laurent, XXVIII, n. 253 ; Planiol, *Note*, D., 93. 2. 481. — *Contra* Angers, 20 mars 1889, D., 90. 2. 143.

(1) Douai, 12 fév. 1891, précité. — Trib. civ. Bernay, 24 avril 1894, précité. — Planiol, *Note*, D., 93. 2. 481. — *Contra* Angers, 20 mars 1889, précité.

(2) Douai, 12 fév. 1891, précité. — Planiol, *Note*, D., 93. 2. 481. — *Contra* Angers, 20 mars 1889, précité.

(3) Guillouard, n. 205.

(4) Troplong, n. 391 ; Aubry et Rau, IV, p. 691, § 427, note 21.

des garanties suffisantes pour qu'elle soit assurée que le débiteur payera sa dette (1). Nous croyons que le débiteur, obligé seulement à prémunir la caution contre un payement sans recours, a le choix entre ces divers procédés. Cependant, en général, on accorde sur ce point un pouvoir arbitraire aux tribunaux (2).

Si le débiteur ne donne pas à la caution l'une ou l'autre de ces sûretés, celle-ci peut demander une indemnité actuelle; cela nous paraît évident : car, les deux moyens que nous avons indiqués supposant le consentement du débiteur, il faut bien que la caution puisse se passer de ce consentement. Et d'ailleurs l'article 2032 lui permet formellement de demander une indemnité.

A raison de cette créance actuelle, la caution peut produire à un ordre ouvert sur le débiteur (3). Pour soutenir le contraire, on a dit que la caution n'est pas créancière; c'est, comme nous venons de le montrer, une erreur. Au surplus, les auteurs que nous combattons commettent une contradiction étrange en permettant à la caution de produire à la faillite du débiteur; d'ailleurs cette dernière production est autorisée par l'article 2032, lequel suppose ainsi le caractère actuel de la créance de la caution.

La caution peut également saisir les biens du débiteur (4). Outre l'objection qui précède, on a dit que la caution n'a pas de titre exécutoire. Mais il nous semble que l'acte de cautionnement, s'il est authentique, constituera ce titre exécutoire. Dans le cas contraire la caution, comme tout créancier, obtiendra un jugement. Ajoutons que la saisie-arrêt n'exige pas un titre exécutoire.

Mais tant que le tribunal n'a pas reconnu à la caution le droit à une indemnité, la créance de la caution n'est ni

(1) Guillouard, n. 196 et 206.

(2) Duranton, XVIII, n. 359 ; Ponsot, n. 266 ; Troplong, n. 391 et 392 ; Pont, II, n. 299 ; Laurent, XXVIII, n. 259 ; Guillouard, n. 206

(3) *Contra* Cass., 19 nov. 1872, S., 73. 1. 193, D., 73. 1. 38. — Grenoble, 3 août 1853, S., 54. 2. 449, D., 55. 2. 71. — Guillouard, n. 206.

(4) *Contra* Bordeaux, 24 janv. 1832, S., 32. 2. 378, D. *Rép.*, v° *Caut.*, n. 261. — Guillouard, n. 206.

liquide ni même actuelle; donc la caution ne peut compenser cette créance avec les sommes qu'elle peut devoir au débiteur principal (1).

D. *Cautions qui ont un recours personnel.*

1103. La caution qui a agi dans l'intérêt du créancier n'a, de son propre chef, aucun recours contre le débiteur, même par l'action *de in rem verso,* laquelle suppose qu'on a agi dans l'intention de rendre service au tiers contre lequel on recourt; elle est donc réduite à la subrogation légale de l'article 2029 (2).

1104. Dans l'hypothèse à peu près chimérique d'un cautionnement fourni au su du débiteur et malgré son opposition, il est douteux que la caution ait de son propre chef une action (3) pour se faire rembourser après avoir payé: tout le monde lui refuse l'action *mandati* et l'action *negotiorum gestorum* (4), et plusieurs lui contestent même l'action *de in rem verso* (5), conformément au droit romain (6). Mais il paraît certain que la caution pourrait agir dans cette hypothèse par l'action subrogatoire; car l'article 2029 accorde dans tous les cas sans distinction la subrogation à la caution qui paie (7).

En tout cas, la caution n'a pas de recours si elle s'est engagée à la fois dans son propre intérêt et contre le gré du débiteur (8).

La caution n'a pas non plus de recours si elle s'est engagée dans l'intention de gratifier le débiteur de la somme qu'elle sera éventuellement obligée d'acquitter (9).

1105. La caution qui a agi à la fois dans son intérêt et

(1) Toulouse, 21 déc. 1904, D., 1905. 2. 359.
(2) Pont, II, n. 246; Guillouard, n. 177.
(3) Auteurs cités *infra*, note 5.
(4) Auteurs cités *infra*, note 5. — Mourlon, *Des subrog.*, p. 405 s. — *Contra* Ponsot, n. 251; Troplong, n. 329 s.; Pont, II, n. 245; Marcadé, art. 1275, n. 4.
(5) Duranton, XVIII, n. 316; Aubry et Rau, IV, p. 690, § 427, note 15; Laurent, XXVIII, n. 236; Guillouard, n. 176.
(6) L. 40. D., *Mand.*, 17, 1.
(7) V. *infra*, n. 1111.
(8) Cpr. Eck, *loc. cit.*
(9) Ponsot, n. 251; Troplong, n. 329 s.; Pont, II, n. 245; Guillouard, n. 176; Eck, *loc. cit.*

dans celui du débiteur, mais sans défense de celui-ci, a contre ce dernier le recours de l'article 2028, car la loi ne distingue pas (1). Telle est, par exemple, la caution salariée (2). Nous ferons l'application de ce principe aux dommages-intérêts.

1106. La caution qui s'est engagée dans l'intérêt du créancier ne peut invoquer davantage l'article 2032 (3). La loi, il est vrai, ne distingue pas; mais il n'y a aucun lien de droit entre cette caution et le débiteur. Elle n'a pas de recours contre lui après paiement; à plus forte raison, n'en jouit-elle pas avant le paiement.

Il en est autrement de la caution qui s'est engagée à l'insu du débiteur et comme gérant d'affaires (4).

Mais la caution qui s'est engagée malgré le débiteur n'a pas le recours anticipé (5).

1107. Si la caution est solidaire, elle peut exercer le recours de l'article 2028 (6). Dans l'opinion même qui l'assimile à un débiteur solidaire, elle jouit d'un recours, mais en vertu de l'article 1216 (7).

1108. L'article 2032 peut être également invoqué par la caution solidaire (8). Car elle est une caution vis-à-vis du débiteur tout au moins, et l'article 2032 ne distingue pas entre les diverses cautions.

Il peut être également invoqué par celui qui a constitué hypothèque pour garantir la dette d'autrui (9). Outre que la raison de décider est la même, il s'agit bien là d'une véritable caution, dont l'engagement est seulement réel au lieu

(1) Guillouard, n. 177.

(2) Guillouard, n. 177.

(3) Guillouard, n. 209.

(4) Ponsot, n. 275 et 276; Troplong, n. 411 et 412; Aubry et Rau, IV, p. 691, § 427, note 20; Laurent, XXVIII, n. 262; Guillouard, n. 209. — *Contra* Pont, II, n. 303.

(5) Guillouard, n. 209.

(6) Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 47, n. 35.

(7) Cpr. Fournier, *loc. cit.*

(8) Ponsot, n. 276; Troplong, n. 413 et 414; Rodière, *De la solidarité*, n. 168; Pont, II, n. 304; Aubry et Rau, IV, p. 691, § 427, note 19; Laurent, XXVIII, n. 262; Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 48, n. 35; Guillouard, n. 208.

(9) Bruxelles, 2 avril 1819, D. *Rép.*, v° *Caut.*, n. 33. — Ponsot, n. 22; Troplong, n. 416. — *Contra* Pont, II, n. 298; Guillouard, n. 208.

d'être personnel. On n'a pu soutenir le contraire qu'en lui refusant cette qualité de caution.

Mais l'article 2032 ne peut être invoqué par les codébiteurs solidaires [1]. Il déroge, en effet, au droit commun. On objecte à tort que les codébiteurs sont, dans leurs rapports réciproques, des cautions; avec cet argument, on arriverait à assimiler dans toutes leurs relations les codébiteurs aux cautions, et cette assimilation n'a jamais été proposée; au reste, il est évident que l'article 2032 a entendu parler exclusivement des cautions proprement dites.

II. *Subrogation aux droits du créancier.*

1109. « *La caution qui a payé la dette, est subrogée à* « *tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur* » (art. 2029). C'est une application pure et simple du principe général formulé par l'article 1251-3°, qui établit la subrogation de plein droit « au profit de celui qui, étant tenu... « *pour d'autres* au paiement de la dette, avait intérêt de « l'acquitter. »

Le bénéfice de subrogation date du droit romain [2]. Mais il n'était accordé qu'à la caution qui, au moment de payer le créancier, exigeait la cession des actions de ce dernier [3].

En droit germanique c'est de plein droit que les cautions pouvaient exercer contre le débiteur les droits du créancier [4].

Dans l'ancien droit on admettait quelquefois que de plein

(1) Douai, 12 fév. 1891, D., 93. 2. 481. — Demolombe, XXVI, n. 427; Aubry et Rau, IV, p. 32, § 298, note 41; Laurent, XVII, n. 365. — *Contra* Larombière, art. 1216, n. 3; Planiol, *Note*, D., 93. 2. 481.

(2) L. 17 et 36, D., *De fid.*, 46. 1. — Il est probable qu'il était accordé également dans le pacte de constitut. — Bodin, *Rev. crit. du dr.*, XII, 1866, p. 212.

(3) Textes précités. — Dumoulin, *Prima lectio Dolana*, § 23, éd. 1681, III, p. 391, soutenait le contraire, mais son interprétation ne prévalut pas. Pothier, n. 280.

(4) V. Stobbe, *Vertragsrecht*, p. 130 s. — V. sur la législation allemande, *infra*, p. 585, note 2.

droit la caution qui avait payé était subrogée au créancier [1]; mais cela était discuté.

La subrogation est admise dans les législations étrangères [2].

A. *Conditions de la subrogation et cautions auxquelles elle est accordée.*

1110. L'article 2029 n'accorde la subrogation qu'à la caution qui a payé la dette; la caution ne peut donc pas agir par l'action du créancier dans les cas où l'article 2032 lui donne une action personnelle, notamment si le débiteur est en déconfiture [3]; du reste, le créancier conservant son action tant qu'il n'est pas payé, la caution ne saurait être subrogée à cette action.

Mais la caution peut et doit, dans l'ordre ouvert à la fois sur elle et sur le débiteur, être éventuellement, et par subrogation au créancier colloqué sur la caution elle-même, colloquée sur le débiteur principal, puisque cette collocation, étant subordonnée à la condition que le créancier sera payé sur les biens de la caution, ne procurera à celle-ci le bénéfice de la subrogation qu'après le paiement [4].

1111. A la différence peut-être de l'action personnelle, la subrogation aux droits du créancier est attribuée même à la caution qui s'est engagée contre le gré du débiteur [5],

(1) Arrêts de Grenoble, 23 juin 1627 et 17 janvier 1661, cités par l'annotateur de Chorier, *op. cit.*, p. 253. — V. aussi sur l'interprétation du droit romain la note précédente. — V. cep. Argou, II, p. 391, liv. IV, ch. II; Pothier, n. 280.

(2) *Allemagne*, Dr. commun, Eck, *loc. cit.* — C. civ., 774. — Pendant longtemps, la caution avait de plein droit les actions du créancier; Stobbe, *loc. cit.* — *Stadtrechtsbuch von Memmingen*, 14e s., dans Freyberg, V, p. 261. C'est plus tard seulement, et sous l'influence de la renaissance du droit romain, qu'il devient question du bénéfice de cession d'actions. V. *Nuernberger Reform*, 1564, XXX; Guelisch, *Bergisches Landrecht*, ch. 105; *Frankfurter Reform* liv. II, tit. XVI, § 16; *Hamburger Statuten*, liv. III, tit. 6, art. 10 et 11 — Cpr. Endemann, *Hanbuch des Handelsrechts*, 3e éd., p. 705, n. 17.

(3) Cass., 19 nov. 1872, S.. 73. 1. 193, D., 73. 1. 38. — Labbé, *Note*, S., 73. 1. 193; Guillouard, n. 191.

(4) Riom, 1er juill. 1897, S., 98. 2. 143.

(5) Duranton, XVIII, n. 317; Troplong, n. 329 et 362; Mourlon, *Des subrogations*, p. 407; Aubry et Rau, IV, p. 686, § 427, note 2; Pont, II, n. 267; Guillouard, n. 176 et 183; Lyon-Caen, *Note*, S., 97. 1. 6.

car cette subrogation est un effet du payement, et d'ailleurs l'article 2029 l'accorde en termes généraux à la caution.

1112. La caution qui paye la dette par anticipation est subrogée au créancier, mais elle ne peut user de la subrogation qu'à l'échéance (1).

Il en est autrement de la caution qui paye sans tenir compte d'une prorogation de délai accordée au débiteur. Elle est subrogée et peut user de la subrogation avant l'expiration du nouveau terme (2). Car suivant l'article 2039 la caution peut immédiatement obliger le débiteur à payer la dette et nous en avons conclu qu'elle peut le forcer à la lui rembourser. Or la subrogation légale est l'accessoire de son action personnelle et, d'ailleurs, est subordonnée à la seule condition que le créancier ait été régulièrement payé.

B. *Droits auxquels la caution est subrogée et personnes contre lesquelles elle peut les exercer. — Montant de la subrogation.*

1113. Il va sans dire que la caution est subrogée même aux droits acquis par le créancier postérieurement à l'engagement de la caution. Car l'article 2029 subroge la caution à tous les droits qu'avait le créancier au moment du payement ; il faut donc y comprendre les droits, notamment les hypothèques, acquis par le créancier depuis l'engagement de la caution (3).

Dumoulin décidait le contraire (4).

1114. Parmi les droits auxquels la caution est subrogée figurent en première ligne les garanties données en vue du payement (gage, privilège, hypothèque) (5).

L'action résolutoire pour défaut de payement du prix y est également comprise (6).

Il en est de même du droit d'expulser un locataire, attaché à une créance de loyers ou fermages (7). Ce n'est pas là

(1) Caen, 24 janv. 1887. D., 88. 2. 127. — Guillouard, n. 252.

(2) *Contra* Guillouard, *loc. cit.*

(3) Ponsot, n. 259 ; Troplong, n. 376 ; Pont, II, n. 272 ; Guillouard, n. 181.

(4) *Prima lectio Dolana*, n. 35, éd. 1681, III, p. 393 (sauf pour les droits acquis dans son intérêt ou sur son intervention).

(5) Guillouard, n. 185.

(6) Guillouard, n. 185.

(7) Guillouard, n. 185. — *Contra* Paris, 25 mai 1867, S., 68. 2, 9.

autre chose qu'une forme de l'action en résolution et d'ailleurs l'article 2029 est général. En vain dit-on que le droit d'expulsion est personnel au propriétaire; c'est une pétition de principe; et d'ailleurs, l'action en résolution est-elle personnelle? Il n'est pas plus exact d'objecter que le droit d'expulsion n'est pas une voie d'exécution, car l'article 2029 ne subroge pas seulement la caution aux voies d'exécution. On objecte enfin que le propriétaire peut avoir intérêt à ne pas perdre son locataire. Mais alors qu'il ménage son locataire et ne réclame pas ce qui lui est dû.

1115. La subrogation porte même sur les immeubles qui sont entre les mains d'un tiers détenteur (1). Il est vrai que d'après l'article 2070 le tiers détenteur poursuivi peut exiger la discussion préalable des « principaux obligés ». Mais c'est arbitrairement qu'on considère la caution comme un principal obligé ; il est, au contraire, un obligé accessoire. Du reste, le tiers détenteur qui veut se mettre à l'abri de l'action de la caution peut recourir à la purge. Notre solution n'a rien d'exorbitant : le créancier pouvait céder sa créance à la caution et lui assurer ainsi un recours contre le tiers détenteur; or la subrogation a les effets de la cession.

1116. La caution qui a payé une partie de la dette, et qui a de ce chef un recours contre le débiteur, peut user de la subrogation légale en concours avec le créancier, agissant pour la portion encore due (2). L'article 2029 accorde, en effet, à la caution la subrogation en termes absolus, et on ne peut opposer l'article 1252-2°, suivant lequel la subrogation ne peut nuire au créancier ; car l'article 1252 n'a trait qu'aux droits réels.

1116 *bis*. La caution succède même aux droits purement formels du créancier. Elle peut, par exemple, se prévaloir

(1) Mourlon, *Rev. dr. franç. et étr.*, II, 1845, p. 741 s. ; Gauthier, *De la subrogation*, n. 456 ; Aubry et Rau, IV, p. 188 et 189, § 321, notes 84 et 85 ; Colmet de Santerre, V, n. 197 *bis* ; Guillouard, n. 187 ; Thézard, *Rev. crit.*, VIII, 1879, p. 277, n. 15 ; Planiol, II, n. 2367. — *Contra* Troplong, n. 429 et *Tr. des hyp.* III, n. 800.

(2) Cass. civ., 25 nov. 1891, S., 92. 1.298. — Larombière, *Th. et prat. des oblig.*, IV, art. 1252, n. 27; Aubry et Rau, IV, p. 191, § 322, note 91 ; Laurent, XVIII, n. 135. — *Contra* Duranton, XII, n. 186 ; Guillouard, note 185 et 189.

des règles spéciales de compétence fixées pour les actions du créancier contre le débiteur principal par le contrat. Elle peut également se prévaloir, si la dette est commerciale, de l'article 420 du Code de procédure (1).

1117. La caution n'acquiert les droits du créancier que tels qu'ils appartenaient à ce dernier (2). Ainsi la subrogation à un droit de gage n'empêche pas, si l'objet donné en gage n'a pas été remis à la caution, qu'un tiers puisse acquérir un droit de gage sur ce même objet (3).

Nous examinons plus loin dans quelle mesure la caution peut exercer les droits du créancier contre les codébiteurs solidaires (4).

1118. La caution, n'acquérant que les droits du créancier, ne peut réclamer, comme subrogée à ce dernier, ni le remboursement des frais faits par elle ou contre elle (5), ni des dommages-intérêts (6).

C. *Sanction de la subrogation.*

1118 *bis*. Le créancier est déchu de ses droits vis-à-vis de la caution si, par sa faute, il a rendu, avant que la caution ne l'ait payé, la subrogation inutile ou impossible (7).

Si c'est après le paiement qu'il a rendu la subrogation inutile, par exemple en donnant mainlevée de l'hypothèque avant l'inscription de la subrogation, il est tenu de dommages-intérêts envers la caution, en cas de préjudice (8).

C'est à la caution qu'il appartient de prouver le préjudice (9).

(1) Amiens, 27 juin 1903, *Droit*, 11 oct. 1903.
(2) Guillouard, n. 186.
(3) Cass., 23 déc. 1879, S., 81. 1. 149, D., 80. 1. 453. — Guillouard, n. 186.
(4) V. *infra*, n. 1122.
(5) Pont II, n. 274 ; Laurent, XXVIII, n. 246 ; Guillouard, n. 190.
(6) Mêmes auteurs.
(7) V. *infra*, n. 1173 et s.
(8) Cpr. Cass. req., 4 nov. 1896, S., 1900. 1. 509.
(9) Cass. req. 4 nov. 1896 précité.

SECTION III

RAPPORTS DE LA CAUTION AVEC LES CODÉBITEURS SOLIDAIRES ET LES TIERS

1119. La caution qui s'est engagée pour plusieurs codébiteurs solidaires peut recourir pour le tout contre chacun, puisqu'elle a cautionné chacun pour le tout [1].

La caution a un recours aussi contre les codébiteurs solidaires du codébiteur qu'elle a cautionné seul. Ce recours (sans préjudice de la subrogation légale) [2] lui appartient dans la mesure même où il appartiendrait au débiteur cautionné lui-même, c'est-à-dire suivant les principes de la solidarité ; en d'autres termes il est divisé. Car, ou la caution agit en vertu de l'article 1166 du Code civil et au nom du débiteur cautionné, ainsi qu'elle en a le droit, ou elle agit par une action directe *de in rem verso*. Dans le premier cas elle n'a que les droits du débiteur cautionné, c'est-à-dire ne peut réclamer à chaque codébiteur que sa part contributoire dans la dette ; dans le second cas elle invoque le service rendu à chaque codébiteur, service égal à cette même part contributoire [3].

1120. Il va sans dire que la caution sera arrêtée par toutes les exceptions qui auraient pu être opposées au codébiteur qu'elle a cautionné, par exemple celle d'une remise de dette accordée aux codébiteurs solidaires [4]. C'est, comme nous le verrons, une question discutée que de savoir s'il en est de même quand la caution agit comme subrogée au créancier.

1121. L'article 2030 ne fait que consacrer une conséquence du principe que la caution a un recours intégral avec subrogation légale contre le débiteur qu'elle a cautionné : « *Lorsqu'il y avait plusieurs débiteurs principaux solidaires*

(1) Guillouard, n. 193 ; Planiol, II, n. 2359.

(2) V. *infra*, n. 1122.

(3) Amiens, 29 nov. 1894, S., 95. 2. 276, D., 95. 2. 271 (motifs). — Guillouard, n. 193.

(4) Massé, *Note*, S., 61. 1. 577 ; Guillouard, n. 193.

« *d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés a* « *contre chacun d'eux le recours pour la répétition du total* « *de ce qu'elle a payé.* » Cela tient à ce que le créancier pouvait agir pour le tout contre chacun des codébiteurs et que la caution pouvait, par l'action personnelle, agir également pour le tout contre chacun (1).

1122. La caution qui n'a cautionné qu'un seul des codébiteurs solidaires peut user du bénéfice de subrogation, non pas seulement contre ce dernier, mais aussi contre les autres codébiteurs solidaires (2). En effet, d'une part, l'article 2029 s'exprime en termes généraux. D'autre part, ce texte n'est que l'application de la règle posée par l'article 1251 du Code civil, qui accorde également d'une manière absolue la subrogation légale à celui qui est tenu, *avec ou pour d'autres*, au paiement d'une dette ; or, la caution est tenue non pas seulement *pour* le débiteur qu'elle a cautionné, mais *avec* les autres codébiteurs ; elle est venue renforcer l'engagement de l'un des codébiteurs, et, par conséquent, est, vis-à-vis des autres codébiteurs, dans la situation tout au moins où serait à leur égard le codébiteur cautionné qui aurait lui-même payé la dette. En troisième lieu, l'article 2030, en disant que la caution de tous les codébiteurs jouit de la subrogation *pour la totalité* contre eux, montre que la caution de l'un des codébiteurs a contre les autres la subrogation, sinon pour la totalité (c'est un point qui sera étudié dans un instant), tout au moins pour partie.

L'article 2030 a cependant fourni un argument à l'opinion contraire ; il résulte, a-t-on dit, de cet article *a contrario* que la caution n'a pas de recours *total* contre les codébi-

(1) Discours de Lahary, Fenet, XV, p. 86 ; Troplong, n. 377 ; Pont, II, n. 276 ; Laurent, XXVIII, n. 248 ; Guillouard, n. 192 et 193.

(2) Cass. req., 10 juin 1861, S., 61. 1. 577, D., 61. 1. 361. — Cass. civ., 7 mars 1887, S., 87. 1. 265, D., 87. 1. 271. — Cass. civ., 6 juil. 1896, S., 97. 1. 5, D., 96. 1. 455. — Duranton, VIII, n. 355 ; Ponsot, n. 261 ; Troplong, n. 379 ; Gauthier, *Des subrogations*, n. 433 s. ; Mourlon. *Tr. des subrog.*, n. 108, s. ; Pont, II, n. 278 ; Aubry et Rau, IV, p 687, § 427, note 4 ; Laurent, XXIII, n. 249 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 263 *bis* ; Guillouard, n. 193 ; Lyon-Caen, *Note*, S.. 97. 1. 5. — *Contra* Cass. req., 19 avril 1854, S. 55. 1. 17, D., 54. 1. 293. — Devilleneuve, *Note*, S., 55. 1, 17 ; Massé, *Note*, S., 61. 1.577 ; Planiol, II, n. 2359.

teurs qu'elle n'a pas cautionnés ; or, si elle était subrogée au créancier, contre eux elle aurait tous droits du créancier, c'est-à-dire une action solidaire contre chacun des codébiteurs. — Cette argumentation est critiquable : à supposer qu'en effet le recours de la caution contre les codébiteurs non cautionnés ne soit pas total (et cela est exact comme nous allons le dire), il ne résulte pas de là que ce recours ne puisse pas s'exercer par voie de subrogation. La loi a fort bien pu limiter le recours ; elle l'a fait en d'autres hypothèses, puisque le codébiteur solidaire qui a payé la dette ne peut, au moyen de la subrogation, réclamer aux autres codébiteurs la totalité de la dette (art. 1214 C. civ. V. aussi art. 875).

1123. Mais la caution qui n'a cautionné que l'un des codébiteurs solidaires n'a le droit de demander par la subrogation légale (aussi bien que par l'action personnelle, comme nous l'avons vu) à ceux des codébiteurs non cautionnés par elle, que la part de ces derniers dans la dette [1]. Cela résulte *a contrario* de l'article 2030, qui restreint le recours total à celui qui a cautionné tous les codébiteurs. Cet argument serait décisif, alors même qu'en théorie il serait exact, comme on le prétend, que la subrogation légale met entièrement le subrogé dans les droits du subrogeant. Mais ce prétendu principe est erroné : le subrogé ne peut acquérir par la subrogation légale une créance supérieure à sa propre créance et c'est ce qui résulte des article 875 et 1214 du Code civil. Enfin l'opinion contraire aboutit à cette conséquence singulière que les codébiteurs souffrent un préjudice par l'effet d'un cautionnement fourni par leur codébiteur et qui leur est étranger. La loi n'a pu vouloir cette aggravation, et si, dans le cas prévu par l'article 2030, la subrogation est totale, c'est précisément, comme on l'a fait

[1] Cass. req., 10 juin 1861, S., 61. 1. 577, D., 61. 1. 361. — Amiens, 29 nov. 1894, S., 95. 2. 276, D., 95. 2. 271. — Duranton, XVIII, n. 355 ; Ponsot, n. 261 ; Troplong, n. 379 ; Mourlon, *Tr. des subrog.*, n. 108 s ; Pont II, n. 278 ; Aubry et Rau, IV, p. 687, § 427, note 4 ; Laurent, XXVIII, n. 249 ; Guillouard, n. 193 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 263 *bis* ; Lyon-Caen, *Note*, S., 97. 1. 6. — *Contra* Cass. civ., 6 juil. 1896, S., 97. 1. 5, D., 96. 1. 455. — Gauthier, *Des subrogations*, n. 433 s.

remarquer dans les travaux préparatoires, « qu'elle n'aggave nullement le sort des différents débiteurs » (1).

1124. La caution exerçant avec subrogation légale son recours contre les débiteurs qu'elle n'a pas cautionnés est arrêtée par toutes les exceptions qui auraient pu être opposées au recours du débiteur qu'elle a cautionné (2). En effet, quoique exerçant les droits du créancier, c'est toujours, nous l'avons montré, la créance du débiteur cautionné qu'elle fait valoir et elle ne peut avoir de droits supérieurs à ce dernier. Du reste, il faut dire ici encore que, d'après l'esprit de la loi et l'équité, le cautionnement ne doit pas nuire aux codébiteurs qui y sont restés étrangers.

1125. La caution ne pourra même pas agir solidairement contre les codébiteurs et repousser les exceptions personnelles de ces derniers, si elle s'est fait subroger conventionnellement aux droits du créancier (3). C'est, en effet, un principe, appliqué par l'article 875 aux héritiers, que la subrogation conventionnelle ne peut produire des effets plus pleins que la subrogation légale.

1126. Nous examinons plus haut si le recours de la caution contre le débiteur peut être effectué au préjudice du créancier (4).

1127. La caution a une action en gestion d'affaires contre les tiers dont elle a fait l'affaire en payant la dette (5). C'est l'application des principes généraux.

(1) Discours de Lahary, Fenet, XV, p. 87.

(2) Cass., 19 avril 1854, S., 55. 1. 17, D., 54.1.293. — Amiens, 29 nov. 1894, S., 95. 2. 276, D., 95. 2. 271 (convention entre les codébiteurs portant que l'un d'eux ne supportera aucune part dans la dette). — Duranton, XVIII, n. 355; Ponsot, n. 261 ; Troplong, n. 379 ; Mourlon, *Des subrogations*, n. 108 s. : Massé, *Note*, S., 61. 1. 577 ; Massé et Vergé, V, p. 74, § 761, note 8 ; Aubry et Rau, IV, p. 688, § 427, note 6 ; Guillouard, n. 194 ; Lyon-Caen, *Note*, S., 97. 1. 7. — *Contra* Cass. civ., 6 juil. 1896, S., 97. 1. 5, D., 96. 1. 455. — Grenoble, 30 juil. 1859, S., 60. 2. 190. — Laurent, XXVIII, n. 249 et 250.

(3) Ponsot, n. 261 ; Troplong, n. 379 ; Rodière, *De la solidarité*, n. 133 et 158 ; Pont, II, n. 279 ; Laurent, XXVIII, n. 251 ; Guillouard, n. 195. — *Contra* Duranton, XVIII. n. 355 ; Aubry et Rau, IV, p. 688, § 427, note 7.

(4) V. *supra*, n. 1116 s.

(5) Cass., 10 août 1875, S., 76. 1. 124, D., 77.1.133. — Guillouard, n. 169. — Ainsi la caution d'une dette à raison de laquelle un navire a été saisi peut agir en recours contre toutes les personnes intéressées au départ du navire, c'est-à-

Mais la caution qui a cautionné un débiteur et qui se trouve obligée de subir les conséquences d'un délit commis par lui (par exemple d'une fraude envers le Trésor) n'a pas de recours contre les tiers qui, sans être codébiteurs solidaires, ont été complices de ce délit et en ont profité. On a accordé cependant à la caution un recours, et un recours solidaire, contre ces derniers, par application des principes de la faute délictuelle (1); on a considéré que les tiers avaient commis une faute envers la caution, ce qui n'est pas exact.

SECTION IV

RAPPORTS DES CAUTIONS ENTRE ELLES

§ I. *Recours en cas de paiement.*

1128. L'article 2033 dispose: « *Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion. — Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent.* »

Dans les rapports des cautions entre elles, la dette se divise donc de plein droit, et c'est pourquoi celle qui a payé le tout peut agir contre chacune des autres pour sa part. Un motif d'équité a dicté cette disposition. Le paiement fait par l'une des cautions profite à toutes les autres; il est juste que chacune en supporte sa part.

Aussi le recours était-il admis généralement dans l'ancien droit (2). Au contraire, à Rome, le fidéjusseur ne pouvait avoir de recours que si, en payant, il s'était fait céder les actions du créancier (3). Mais le *sponsor* et le *fidepromissor*

dire les affréteurs et l'armateur, Cass., 10 août 1875, précité. — Guillouard, *loc. cit.*

(1) Cass. req., 26 juin 1894, S., 96. 1. 167. — Montpellier, 6 fév. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 245.

(2) Pothier, n. 445 et 446. — *Contra* Bourjon, *Dr. comm. de la France*, éd. 1770, II, p. 436.

(3) L. 39, D., *De fid.*, 46. 1.

avai entunrecours contre ceux qui s'étaient engagés en même temps qu'eux, et avec lesquels ils étaient censés avoir contracté une société ([1]).

La règle qui précède permet notamment le recours contre la caution réelle ([2]).

1128 *bis*. Le recours n'existe pas contre les cautions que le créancier décharge ; car, ces dernières ne s'étant pas engagées vis-à-vis des autres cautions, celles-ci ne peuvent les considérer désormais comme obligées. On doit seulement se demander si cette décharge leur donne un droit vis-à-vis du créancier ([3]).

A. *Nature du recours et garanties qui y sont attachées.*

1229. Il est difficile de qualifier l'action donnée à la caution contre les autres cautions. Comme le disait Pothier ([4]), ce n'est pas une action de gestion d'affaires puisque la caution a fait le paiement pour son propre compte, mais une action utile de gestion d'affaires. Les travaux préparatoires paraissent cependant considérer le recours comme dérivant d'une gestion d'affaires ([5])

Le recours n'est pas non plus fondé sur une société entre caution ([6]) ; car il n'y a entre les cautions ni intérêt commun, ni recherche de bénéfices, ni apport.

Dans tous les cas, des motifs sur lesquels est fondé l'article 2033, au témoignage des travaux préparatoires, il résulte que l'action donnée par ce texte à la caution est une action personnelle, et non pas l'action du créancier obtenue par subrogation légale ([7]), quoiqu'un autre passage des

([1]) Gaius, *Comm.*, III, § 122.

([2]) Mourlon, *Tr. de la subrogation*, p. 426 s. ; Planiol, II, n. 2368. — *Contra* Troplong, n. 417.

([3]) V. *infra*, n. 1176 s.

([4]) *Loc. cit.*

([5]) Discours de Lahary, Fenet, XV, p. 86. — Rapport de Chabot au Tribunat, Fenet, XV, p. 57.

([6]) *Contra* Planiol, II, n. 2365.

([7]) Laurent, XXVIII, n. 261 ; Guillouard, n. 214. — *Contra* Duranton XVIII, n. 366 ; Pont, II, n. 309. — Mais les auteurs qui adoptent notre opinion sem-

travaux préparatoires semble admettre le contraire [1].

1130. La caution qui agit contre les cofidéjusseurs peut, aussi bien que si elle agit contre le débiteur principal, se prévaloir des garanties du créancier. Si aucun texte ne donne cette solution au titre *du cautionnement*, elle résulte de l'article 1251, puisque, dans le cas où il existe plusieurs cautions, chacune d'elles est tenue avec d'autres.

Cette solution était admise en droit romain [2].

1131. Suivant les termes de l'article 2033, le recours a lieu contre chaque caution pour sa part et portion.

L'insolvabilité de l'une des cautions se répartit proportionnellement entre toutes les autres [3], par analogie de ce que décide l'article 2026 en cas de bénéfice de discussion.

1132. Même subrogée légalement, la caution ne peut demander à chacune des autres cautions que sa part dans la dette ; cela se justifie par les motifs que nous avons donnés en étudiant le recours de la caution contre les codébiteurs ; la subrogation légale n'augmente pas l'étendue du recours du subrogé.

Et la subrogation conventionnelle ne produit pas plus d'effets que la subrogation légale [4]. Nous avons également, à propos de la question à laquelle nous venons de faire allusion, donné la justification de cette solution, à l'appui de laquelle on peut aussi, par analogie, invoquer la situation des codébiteurs solidaires et les inconvénients d'un circuit d'actions.

blent à tort admettre que la caution ne peut pas se prévaloir de la subrogation légale.

[1] Discours de Lahary au Corps législatif, Fenet, XV, p. 86.

[2] L. 36, D., *De fid.*, 46. 1.

[3] Duranton, XVIII, n. 369 ; Ponsot, n. 290 ; Troplong, n. 440 ; Pont II, n. 322 ; Guillouard, n. 215.

[4] Ponsot, n. 290 ; Troplong, n. 432 s. ; Pont, II, n. 324 ; Aubry et Rau, IV, p. 692, § 428, note 2 ; Guillouard, n. 213 ; Thézard, *Rev. crit.*, VIII, 1879, p. 278, n. 15. — *Contra* Laurent, XXVIII, n. 267.

B. *Conditions du recours.*

1133. Le recours, suivant les termes formels de l'article 2033, suppose un payement. Il ne suffit donc pas que la caution ait un motif légitime de craindre qu'une fois le payement opéré son recours pût être en danger (1). C'est ce que décidait déjà Pothier (2), contrairement à une opinion qui avait des partisans dans l'ancien droit.

Il faut en outre que la caution ait payé dans l'un des cas prévus par l'article 2032 ; mais comme le renvoi fait ainsi par l'article 2033 à l'article 2032 est conçu en termes généraux, on ne peut accepter l'exception faite par certains auteurs (3) pour les cas de payement soit après l'époque où la caution pouvait demander sa décharge, soit dix ans après la naissance d'une obligation dont le terme n'est pas fixé (4). Il est vrai que la caution pouvait, au lieu de payer, demander sa décharge, mais il était à craindre qu'elle ne l'obtînt pas, et d'ailleurs ce n'est pas une raison pour distinguer là où la loi ne distingue pas. Ajoutons que le recours de la caution dans les deux cas que nous venons d'indiquer est formellement reconnu dans les travaux préparatoires (5).

1134 Évidemment la caution n'a pas de recours contre les autres cautions si le payement qu'elle a fait ne les libère pas (6); elle n'a pas alors fait leur affaire.

1135. Le paiement partiel donne lieu à un recours aussi bien que le payement total (7). Toutefois, si la caution a seulement payé sa part dans la dette, en raison de la division, elle n'a pas de recours contre les autres cautions.

1136. La preuve du paiement incombe à la caution qui prétend avoir payé.

(1) Guillouard, n. 211.
(2) N. 445.
(3) Duranton, XVIII. n. 366 ; Ponsot, n. 292.
(4) Troplong, n. 425 ; Pont, II, n. 314 ; Aubry et Rau, IV, p. 692, § 423, note 1 ; Laurent, XXVIII, n. 265 ; Guillouard, n. 211.
(5) Rapport de Chabot au Tribunat, Fenet, XV, p. 58.
(6) Pont, II, n. 312 et 313; Laurent, XXVIII, n. 266 ; Guillouard, n. 212.
(7) Guillouard, n. 212.

Cette preuve doit être faite conformément au droit commun des articles 1341 et suivants; la preuve par témoins ou par présomptions est interdite jusqu'à 150 francs, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit.

En aucun cas la caution ne peut se prévaloir des articles 1282 et 1283, qui attachent la présomption de paiement à la détention du titre par le débiteur [1]; les articles 1282 et 1283 n'ont en effet d'application que dans les rapports entre la personne qui prétend avoir payé et le créancier.

§ II. *Recours en cas de faute.*

1136 *bis*. Il va sans dire que si, par sa faute, l'une des cautions compromet le droit des autres, celles-ci ont, par application du droit commun, un recours contre elle [2]. L'hypothèse est d'ailleurs rare, puisque les conventions passées entre le débiteur principal à l'une des cautions ne sont pas opposables aux autres [3].

CHAPITRE VI

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

1137. Le cautionnement peut s'étendre par voie de conséquence ou par voie principale.

SECTION PREMIÈRE

EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT PAR VOIE DE CONSÉQUENCE

1138. L'accessoire ne peut subsister sans le principal. Toute cause qui éteint la dette principale éteindra donc du même coup le cautionnement. On dit alors que le cautionnement est éteint *par voie de conséquence*, ou *d'une manière indirecte*.

(1) Trib. civ. Dinant, 1er fév. 1894, *Pasicr.*, 95. 3. 123.
(2) Trib. civ. Seine, 30 juill. 1897, *Droit*. 15 déc. 1897.
(3) V. *supra*, n. 1091 *bis*.

Il va de soi que la caution peut se prévaloir à l'égard du créancier de l'extinction de l'obligation principale, quelle qu'en soit la cause. Il en est ainsi de la caution solidaire comme de la caution ordinaire (1).

§ I. *Paiement. Arrivée et prorogation du terme.*

1139. En première ligne il faut citer le paiement effectué par le débiteur principal (2).

Toutefois il en est autrement du paiement avec subrogation, puisque le subrogé, loin d'éteindre l'action du créancier, se l'approprie (3). Mais le débiteur, obligé à garantir la caution contre l'action du créancier, ne peut, à l'aide de la subrogation conventionnelle, agir contre elle. La subrogation ne maintient donc l'obligation de la caution que si elle est consentie au profit d'un autre que le débiteur principal.

Nous avons examiné, à propos des rapports du créancier avec la caution, comment s'imputent les paiements faits par le débiteur (4).

1140. Par application de la règle que le paiement de la dette éteint le cautionnement, l'obligation de la caution disparaît si le créancier a fait vendre les biens du débiteur et si le prix de vente lui suffit (5).

Il importe même peu que les biens périssent avant la mise en possession de l'acquéreur (6), car le créancier n'est pas tenu à garantie.

1141. L'annulation du paiement consistant dans la prestation de l'objet promis lui-même, fait, à la différence de

(1) Ponsot, n. 312 ; Pont, II, n. 353; Guillouard, n. 224 ; Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 49, n. 36. — *Contra* Proudhon, *Tr. de l'usuf.*, III, n. 1325; Troplong, II, n. 459 ; Rodière, *De la solidarité*, n. 166.

(2) Argou, liv. IV, ch. I, II, p. 379 ; Guillouard, n. 225.

(3) Guillouard, n. 225.

(4) V. *supra*, n. 1011 s.

(5) Arrêt de Grenoble, 9 déc. 1459, cité par Chorier et Arrêt de Grenoble du 22 août 1591, cité par l'annotateur de Chorier, *La jurisp. de Guy Pape*, 2e éd.. 1769, liv. IV, sect. 6, art. 11, p. 254, quest. 348. — Chorier, *loc. cit.*

(6) Arrêt du 22 août 1591, précité.

l'annulation de la dation en paiement [1], revivre le cautionnement [2]. Car l'article 2038, relatif à la dation en paiement, déroge au droit commun, d'après lequel l'annulation ou la résolution d'un acte fait que cet acte est considéré comme n'ayant jamais eu lieu. Du reste l'article 2038 ne s'applique même pas par analogie: d'une part, la dation en paiement a nové la dette. D'autre part, on ne peut dire que le créancier en consentant à un paiement a manifesté sa volonté de renoncer définitivement aux garanties de l'obligation primitive On peut le dire au contraire si le créancier reçoit une dation en paiement; car la solution inverse nuirait à la caution, le paiement en objets (ce qui est l'hypothèse la plus ordinaire dans le cas de dation en paiement) étant sujet à des causes d'annulation ou d'éviction plus nombreuses que le paiement en sommes.

1142. Il va sans dire que l'échéance du terme ne libère pas la caution [3]; la loi, du reste, donne la même solution pour la prorogation de délai accordée au débiteur (art. 2039) [4].

1143. Toutes les solutions que nous venons de donner s'appliquent à la caution solidaire comme à la caution pure et simple [5].

§ II. *Novation.*

1144. La novation de la dette principale libère la caution [6]. L'article 1281 du Code civil le dit expressément, en ajoutant que le créancier peut exiger l'accession des cautions

(1) V. *infra*, n. 1148.

(2) Cass. civ., 23 oct. 1888, S., 89. 1. 409, D., 89. 1. 167. — Douai, 7 juil 1875, S., 77. 2. 257, D., 76. 2. 30. — Laurent, XXVIII, n. 281 ; Aubry et Rau, IV, p. 693, § 429, note 5 ; Guillouard, n. 258 ; Pic, *Ann. dr. com.*, III, 1889, *Jurispr.*, p. 2. — *Contra* Trib. civ. Nantes, 30 mai 1894, *Gaz. Pal.*, 94, *Suppl.*, 1 (motifs). — Il en est ainsi par exemple si le paiement est annulé comme ayant été fait par un failli dans les conditions prévues par l'art. 447 C. com. — Cass. civ., 23 oct. 1888, précité. — Pic, *loc. cit.* — *Contra* Trib. com. Marseille, 1er déc. 1886, *Rec. Marseille*, 87. 68.

(3) Trib. com. Amiens, 19 janv. 1886, *Rec. d'Amiens*, 86. 152. — V. *infra*, n. 1191.

(4) V. *infra*, n. 1191 s.

(5) Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 49, n. 36.

(6) Cass. req., 5 avril 1892, S., 92. 1. 363. — Limoges, 21 janv. 1889, D.,

à la nouvelle dette et que si elles s'y refusent l'ancienne obligation subsiste. Ces solutions s'appliquent à la caution solidaire (1).

En elle-même la prorogation de délai, comme nous le montrera l'article 2039 (2), ne libère pas la caution ; mais il en est autrement, en vertu de l'article 1281, si cette prorogation du délai concorde avec une novation (3).

Le renouvellement des billets souscrits par le débiteur n'est pas une novation (4) et il en est de même de l'acceptation de billets (5) ; mais il en est autrement si les billets sont souscrits par des tiers (6).

L'abandon de l'article 917 du Code civil n'est pas davantage une novation et n'éteint pas l'obligation de la caution (7).

1145. La demande en collocation dans un ordre ouvert sur le débiteur n'opère pas novation ; le créancier peut donc, en renonçant à la collocation, réclamer à la caution le paiement de la dette (8).

1146. Nous montrerons à propos de la dation en paiement que la novation éteint définitivement la dette de la caution, alors même que l'obligation substituée à l'obligation primitive est annulée ou résolue (9).

1147. La caution d'une dette reste tenue si le débiteur cède les droits d'où dérive sa dette, par exemple si l'usufruitier cautionné vend son usufruit (10). Car c'est le droit même de l'usufruitier qui a été cautionné et d'ailleurs l'usu-

90. 2. 11. — Trib. civ. Lyon, 12 août 1886, *Mon. jud. Lyon*, 12 nov. 1886. — Argou, *loc. cit.*; Guillouard, n. 70.

(1) Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 49, n. 36.

(2) V. *infra*, n. 1191 s.

(3) Guillouard. n. 251.

(4) Cass., 16 juin 1846, S., 46. 1. 440, D., 46. 1. 284. — Aubry et Rau, IV, p. 698, § 429, note 22 ; Laurent, XXVIII, n. 277 ; Guillouard, n. 251. — *Contra* Caen, 24 mai 1842, S., 42. 2. 488.

(5) Trib. civ. Lyon, 12 août 1886, précité.

(6) Limoges, 21 janv. 1889, D., 90. 2. 11. — Guillouard, n. 251.

(7) Cass., 15 avril 1862, S., 62. 1. 269.

(8) Colmar, 22 avril 1824, S. chr. — Guillouard, n. 254.

(9) V. *infra*, n. 1148 s.

(10) Pont, II, n. 100 ; Aubry et Rau, IV, p. 680, § 426, note 1. — *Contra* Proudhon, *Tr. de l'usuf.*, II, n. 861 ; Troplong, n. 153 ; Guillouard, n. 71.

fruitier qui cède son usufruit reste tenu de ses obligations. En vain objecte-t-on que le cautionnement ne peut être étendu au delà des limites dans lesquelles il a été contracté; c'est résoudre la question par la question.

A plus forte raison la caution d'une femme usufruitière n'est-elle pas déchargée si cette femme se marie sous un régime dont l'effet est d'attribuer l'usufruit à son mari ([1]).

§ III. *Dation en paiement.*

1148. Si le créancier accepte volontairement du débiteur en paiement une chose autre que celle qui lui était due, la dette est évidemment éteinte, et par conséquent la caution libère la chose reçue en paiement. Il va sans dire qu'une simple garantie donnée par le débiteur au créancier ne libère pas la caution ([2]). D'autre part, si la dette n'est éteinte que pour partie, la caution n'est libérée que dans la même proportion ([3]).

1148 *bis.* L'obligation de la caution revivra-t-elle si plus tard le créancier est évincé de la chose reçue en paiement ? L'article 2038 résout la question négativement : « *L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé.* »

C'est une application particulière du principe consacré par l'article 1281 alinéa 2 : « La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions. » La *datio in solutum* contient en effet une novation implicite ([4]) ; car, avant d'être réalisée, elle avait nécessairement été convenue.

([1]) Ponsot, n. 31 ; Guillouard, n. 72. — *Contra* Proudhon, *loc. cit.*; Troplong, *loc. cit.*

([2]) C'est ainsi qu'il faut interpréter une décision rendue en ce sens pour la délégation de loyers. Douai, 20 janv. 1902, *Rec. Douai*, 1902. 276. — Même observation pour un arrêt d'après lequel la réception de billets ne décharge pas la caution si elle a été stipulée dans l'acte même de cautionnement. Paris, 17 juin 1903, *Droit*, 22 déc. 1903.

([3]) Bordeaux, 27 fév. 1906, *Droit*, 27 sept. 1906.

([4]) Cass. civ., 23 nov. 1888, S., 89. 1. 409, D., 89. 1. 167. — Pont, II, n. 398. — V. cep. Laurent, XXVIII, n. 279.

En d'autres termes, la *datio in solutum* n'est jamais que l'exécution d'une convention antérieure, fût-ce d'un seul instant de raison, qui avait changé l'objet de la dette et par suite entraîné novation. Cette novation éteint la dette primitive, et avec elle le cautionnement qui y était attaché. Il importe peu que le créancier soit plus tard évincé de la chose qu'il a reçue en paiement; l'obligation de la caution ne revivra pas, parce qu'elle était éteinte définitivement; le créancier évincé n'a que l'action en garantie contre le débiteur.

L'annulation de la dation en payement ne fait pas revivre le cautionnement dans le cas même où cette dation en payement a été faite en vertu d'une délégation faite par le débiteur principal au créancier et contenue dans le même acte que le cautionnement (1); on ne voit aucune raison de faire exception pour ce cas particulier.

1149. La dation en payement, pour éteindre le cautionnement, doit, d'après l'article 2038, avoir été acceptée volontairement par le créancier.

On conclut de là qu'il en est autrement si le créancier a été forcé de recevoir en payement une chose autre que celle qui lui était due, par exemple s'il a été déclaré adjudicataire de l'immeuble appartenant au débiteur et dont il avait poursuivi l'expropriation (2).

D'autre part, la dation en paiement n'éteint pas le cautionnement si elle est faite en exécution de l'acte d'obligation (3), car alors elle constitue un véritable paiement. Cette solution se justifie d'ailleurs par les raisons que nous avons invoquées à propos du paiement.

1150. Mais la caution est libérée quelle que soit la cause de l'éviction. Par exemple la chose donnée en paiement

(1) *Contra* Trib. civ. Nantes, 30 mai 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 2, *Suppl.*, 1.

(2) Cass., 19 janv. 1863, S., 63. 1. 187, D., 63. 1. 86. — Pont, II, n. 404: Aubry et Rau, IV, p. 693, § 429, note 3; Laurent, XXVIII, n. 283; Guillouard, n. 254.

(3) Cass. req., 23 nov. 1857, S., 58. 1. 687, D., 58. 1. 84. — Aubry et Rau, IV, p. 693, § 429, note 5; Laurent, XXVIII, n. 283; Guillouard, n. 254; Pic, *Ann. dr. comm.*, II, 1889, *Jurispr.*, p. 3.

appartenait à autrui ou la dation en paiement émanait d'un incapable ([1]).

Toutefois on décide qu'il en est autrement si l'éviction provient de la caution, à laquelle appartenait la chose donnée en paiement ([2]). Si même la caution ignorait que la dation en paiement a eu lieu, elle est en faute, dit-on, de ne pas l'avoir su. Nous ne sommes pas de cet avis; on ne peut reprocher aucune faute à la caution. Nous n'admettons donc cette solution que si la caution a connu la dation en paiement et a su qu'elle portait sur sa chose.

1151. L'extinction du cautionnement ne s'opère pas en cas d'éviction si le créancier a, pour ce cas d'éviction, réservé ses droits contre la caution ([3]). En effet cette extinction se trouve alors subordonnée par la volonté souveraine des parties à une condition qui a fait défaut; et d'ailleurs la loi autorise formellement des réserves analogues en matière de novation, et la dation en paiement n'est qu'une variété de la novation. On ne peut enfin dire alors que, comme le veut l'article 2038, le créancier ait accepté l'objet donné en paiement, puisque la défaillance de la condition fait rétroactivement disparaître cette acceptation.

On objecte que la caution ne peut en ce cas obtenir sa décharge lors de l'échéance, comme le lui permet l'article 2032, parce que la dette a été payée, quoique l'éviction puisse ultérieurement obliger la caution à acquitter la dette. Mais n'est-ce pas ce qui se produit si le créancier est évincé de l'objet même qui devait être payé?

1152. L'article 2038 s'applique à la caution solidaire si on la considère comme une caution ([4]). Il en est autrement dans l'opinion contraire.

([1]) Orléans, 30 août 1850, S., 51. 2. 44, D., 51. 2. 29. — Guillouard, n. 256.

([2]) Trib. civ. Castel-Sarrasin, 22 juin 1850, S., 50. 2. 417. — Devilleneuve, *Note*, S., 50. 2. 417; Guillouard, n. 256.

([3]) Duranton, XXVIII, n. 383; Ponsot, n. 337; Laurent, XXVIII, n. 281. — *Contra* Troplong, n. 583; Guillouard, n. 255.

([4]) Cass., 10 mai 1858, S., 59. 1. 164, D., 58. 1. 283. — Paris, 17 juin 1903, *Droit*, 22 déc. 1903 (impl.). — Pont, II, n. 199 s.; Aubry et Rau, IV, p. 693, § 429, note 6; Laurent, XXVIII, n. 280 et 281; Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 54, n. 40; Guillouard, n. 257.

A plus forte raison s'applique-t-il à la caution qui a renoncé au bénéfice de discussion (1).

§ IV. *Remise de dette. — Concordat. — Transaction.*

1153. Aux termes de l'article 1287, la remise volontaire de la dette, faite au débiteur, libère la caution. Cette solution était déjà celle de l'ancien droit (2).

Elle est applicable à la caution solidaire (3).

On décide que le créancier ne pourrait même réserver ses droits contre la caution ; la caution invoquerait alors l'article 2037 : son recours contre le débiteur étant devenu impossible, l'engagement tomberait (4).

Toutefois le créancier peut n'accorder la remise que sous la condition que le débiteur ne pourra pas l'opposer si le créancier est obligé de subroger la caution contre le débiteur (5).

1154. Au contraire l'obligation du débiteur survit à la remise de la dette faite à la caution (art. 1287-2°).

Il en est de même si la remise est faite à une caution solidaire dans l'opinion qui l'assimile aux autres cautions (6). Mais la solution opposée doit être admise dans l'opinion contraire (7).

1155. L'extinction d'une dette par le concordat laisse subsister l'obligation de la caution. Cela résulte de l'article 545 du Code de commerce, qui maintient, en pareil cas, l'obligation des coobligés du failli (8).

(1) Arrêt du 22 août 1591, précité. — Chorier, *loc. cit.*

(2) Pothier, n. 381, 558, 607.

(3) Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 49, n. 36 et p. 53, n. 38.

(4) Larombière, art. 1287, n. 1; Pont. II, n. 407 ; Demolombe, XXVIII, n. 462; Aubry et Rau, IV, § 323, p. 205, note 23; Fabreguette, *Du concordat amiable, Rev. crit.*, VIII, 1879, p. 338, n. 15. — D'autres pensent que la remise doit être considérée comme un ajournement des poursuites. Rolland de Villargues, v° *Remise de dette*, n. 88.

(5) Fabreguette, *op. cit.*, p. 339, n. 16.

(6) Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 53, n. 38.

(7) Cpr. Fournier, *loc. cit.*

(8) Cass. req., 5 avril 1892, S., 92. 1. 365. — Trib. civ. Lyon, 9 janv. 1895, *Mon. jud. Lyon*, 6 avril 1895. — Trib. civ. Lyon, 11 janv. 1895, *Mon. jud. Lyon*,

Mais l'acte par lequel les créanciers acceptent l'abandon de l'actif du débiteur, à la différence du concordat, libère les cautions ([1]).

Il en est de même du concordat amiable ([2]).

La caution solidaire peut se prévaloir de ces concordats ([3]).

1156. La transaction par laquelle le créancier renonce vis-à-vis du débiteur à une portion de sa créance peut être opposée par la caution ([4]).

§ V. *Compensation.*

1157. L'article 1294-1° permet à la caution d'opposer la compensation, du chef du débiteur principal, au créancier.

La caution peut opposer la compensation alors même que le débiteur y renonce ([5]), car c'est là une exception inhérente à la dette ([6]).

1158. La caution solidaire peut invoquer la compensation du chef du débiteur principal, puisque ce droit est accordé d'une manière absolue par l'article 1294-1° à la caution ([7]). Mais comme l'article 1294-3° le refuse au codébiteur solidaire, ceux qui considèrent comme tel la caution solidaire doivent appliquer cette dernière solution. Cela peut cependant

19 avril 1895. — Guillouard, n. 227. — *Contra* Argou, *loc. cit.* — Ce texte est applicable à la liquidation judiciaire. — Trib. com. Toulouse, 30 juin 1890, *Ann. dr. comm.*, IV, 1890, p. 209.

([1]) Cass. req., 7 janv. 1889, S., 92, 1. 372, D., 90. 1. 422. — Agen, 22 mars 1898, D., 98. 2. 269 (implic.)

([2]) Cass., 17 juin 1867, S., 67. 1. 356, D., 67. 1. 219. — Cass., 12 nov. 1867, S., 68. 1. 61, D., 67. 1. 483. — Cass., 8 avril 1868, S., 68. 1. 260. — Caen, 10 juin 1868, S., 68. 2. 251, D., 68. 2. 57. — Trib. civ. Toulouse, 30 juin 1890 (motifs), précité. — Fabreguette, *op. cit.*, p. 337, n. 14. et p, 356, n. 48 ; Duranton, XII, n. 377 ; Demolombe, XXVIII, n. 465 ; Pardessus, *Dr. comm.*, III, n. 1247 ; Alauzet, *Dr. comm*, V, n. 1850 ; Aubry et Rau, IV, p. 206, § 323, note 26. — *Contra* Pont, II, n. 486 ; Bertauld, *Note*, D. 68. 2. 97.

([3]) Cass. req., 7 janv. 1889, précité.

([4]) Trib. civ. Lyon, 17 juill. 1890, *Ann. dr. comm.*, IV, 1890, p. 211 (motifs).

([5]) Laurent, XXVIII, n. 300 ; Guillouard, n. 232.

([6]) V. *supra*, n. 943.

([7]) Toulouse, 14 août 1818, S. chr., D. *Rép.*, v° *Oblig.*, n. 2651-1°. — Aubry et Rau, IV, p. 675, § 423, note 8 ; Colmet de Santerre, V, n. 246 *bis*, IV ; Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 50, n. 37 ; Guillouard, n. 24.

être contesté [1] : dans ses rapports avec son codébiteur, le codébiteur qui s'est engagé pour garantir la dette de ce dernier doit être considéré comme caution (art. 1216) ; or l'article 1294-3°, d'après l'opinion générale, est motivé, non par l'intérêt du créancier, mais par l'intérêt du codébiteur du chef duquel s'opère la compensation et pour lui éviter une avance forcée de toute la dette.

1159. Quand la compensation s'opère du chef de la caution, elle n'éteint la dette que si la caution l'oppose ; le débiteur principal ne pourrait l'opposer sans enlever à la caution le bénéfice de discussion [2].

§ VI. *Confusion.*

1160. La confusion qui s'opère par la succession du créancier au débiteur principal ou réciproquement libère la caution [3].

Mais en cas d'annulation de la confusion le cautionnement renaît [4].

1161. Si le débiteur principal succède à la caution ou réciproquement, la confusion éteint le cautionnement jusqu'à concurrence de la quotité pour laquelle elle se produit. C'était la solution du droit romain [5].

Cependant, comme la confusion est moins un mode d'extinction qu'une impossibilité d'exécution, le cautionnement subsiste dans la mesure où il reste utile au créancier [6]. C'était également la solution du droit romain [7].

Ainsi l'hypothèque donnée par la caution subsiste [8] et la

[1] Colmet de Santerre, V, n. 246 *bis*, IV. — Cpr. Fournier, *loc. cit.*

[2] Troplong, n. 470 ; Aubry et Rau, IV, p. 693, § 429, note 8 ; Laurent, XXVIII, n. 269 ; Guillouard, n. 219.

[3-4] Troplong, n. 476 s., Pont, II, n. 336 s. ; Guillouard, n. 220.

[5] L. 5, § 14, *De fid.*, 46. 1.

[6] Guillouard, n. 220.

[7] L. 95, § 3, D., *De solut.*, 46. 3. — *Allemagne*. Droit commun, Eck, *loc. cit.*

[8] Rouen, 19 nov. 1874, S., 76. 2. 326, D., 75. 2. 188. — Duranton, XII, n. 376 ; Troplong, n. 489 ; Pont, II, n. 339 ; Aubry et Rau, IV, p. 694, § 429, note 9 ; Laurent, XXVIII, n. 270 ; Guillouard, n. 220.

caution reste obligée, quoique le débiteur soit incapable [1].

1162. L'article 2035 porte : « *La confusion qui s'opère « dans la personne du débiteur principal et de sa caution, « lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point « l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution « de la caution.* » C'est encore une application particulière du principe que la confusion n'éteint que les droits dont elle rend l'exercice impossible.

§ VII. *Perte de la chose.*

1163. La perte fortuite de la chose due libère la caution parce qu'elle libère le débiteur principal ; mais la perte de la chose due par la faute du débiteur principal ne libère pas la caution [2]. Cela résulte de l'article 2016 [3]. Le droit romain décidait en ce sens [4] ; la même solution est admise dans les législations étrangères [5].

Il en est ainsi même si la caution est solidaire [6], à moins qu'on ne l'assimile à un débiteur solidaire (art. 1205) [7].

1164. La perte de la chose due par la faute de la caution libère le débiteur principal [8].

Il en est de même si la caution est solidaire [9], à moins qu'on ne la considère comme un codébiteur solidaire (art. 1205) [10].

(1) Riom, 5 août 1840, S., 40. 2. 492. — Duranton, XII, n. 375 ; Ponsot, n. 323 ; Troplong, n. 483 ; Pont, II, n. 338 ; Aubry et Rau, IV, p. 694, § 429, note 10 ; Guillouard, n. 220.

(2) Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 47, n. 34.

(3) V. *supra*, n. 997.

(4) L. 95, § 1, D., *De solut.*, 46. 3.

(5) Eck, *loc. cit.*

(6) Fournier, *loc. cit.*

(7) Cpr. Fournier, *loc. cit.*

(8) Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, n. 33, p. 46.

(9) Fournier, *loc. cit.*

(10) Cpr. Fournier, *loc. cit.*

§ VIII. *Prescription de l'obligation principale.*

1165. La caution peut opposer la prescription de l'action principale (1), alors même que l'obligation de la caution n'était exigible que postérieurement à celle du débiteur (2), ou que la caution s'était engagée par acte séparé (3).

Il importe peu que le débiteur ait renoncé à la prescription (4) ; car c'est là une exception inhérente à la dette (5).

1166. La prescription interrompue contre le débiteur principal est interrompue contre la caution, aux termes formels de l'article 2250 du Code civil.

Il en est ainsi même si la caution est solidaire (6), et cela aussi, à raison de l'article 1206, dans l'opinion qui considère cette caution comme un débiteur solidaire (7).

Au contraire, on admet généralement que la prescription interrompue contre la caution n'est pas interrompue vis-à-vis du débiteur principal (8).

Il en est ainsi même si la caution est solidaire (9), sauf dans l'opinion qui l'assimile à un débiteur solidaire (art. 1206) (10).

(1) Cass., 2 fév. 1886 (2e arrêt), S., 87. 1. 5 (prescription quinquennale de l'art. 2277). — Cass. req., 5 avril 1892, S., 92. 1. 365. — Cass. civ., 18 mars 1895, S., 96. 1. 28, D., 95. 1. 367 (prescription quinquennale acquise au souscripteur d'effets de commerce). — Cass. req., 2 août 1904, S., 1905. 1. 185 (*id.*). — Aubry et Rau, IV, p. 683, § 426, note 16 ; Labbé, *Note*, S., 87. 1. 6 ; Guillouard, n. 161 ; Bernard, *Note*, S., 1905. 1. 185.

(2) Cass. civ., 2 fév. 1886, précité. — Labbé, *Note*, S., 87. 1. 6.

(3) Cass. civ., 18 mars 1895, précité.

(4) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

(5) V. *supra*, n. 943.

(6) Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 47, n. 34; Guillouard, n. 224.

(7) Cpr. Fournier, *loc. cit.*

(8) Duranton, XXI, n. 283; Marcadé, XII, art. 2250, n. 2; Ponsot, n. 326; Pont, II, n. 342; Fournier, *Rev. crit.* XVI, 1887; p. 46, n. 33; Guillouard, n. 221. — *Contra* Troplong, n. 464 s.

(9) Aubry et Rau, IV, p. 675, § 423, note 9; Fournier, *loc. cit.* ; Guillouard, n. 24 et 224.

(10) Cpr. Fournier, *loc. cit.*; Guillouard, n. 224.

§ IX. *Serment. Chose jugée.*

1167. Aux termes de l'article 1365, le serment prêté par le débiteur principal libère la caution et le serment prêté par la caution libère le débiteur principal.

La question de savoir si les mêmes principes sont applicables à la chose jugée sont très discutés. On admet souvent que le débiteur principal peut à son gré se prévaloir ou non de la chose jugée pour ou contre la caution (1).

§ X. *Résolution ou nullité de l'engagement principal.*

1168. La résolution de l'obligation principale éteint le cautionnement, même si ultérieurement le débiteur s'oblige à nouveau.

Ainsi la caution qui a garanti un surenchérisseur est déchargée si un tiers élève une nouvelle enchère, alors même que le débiteur cautionné, surenchérissant à son tour, devient adjudicataire (2).

1169. Nous avons montré déjà que la caution peut opposer les exceptions inhérentes à la dette à l'exclusion des exceptions personnelles au débiteur, et qu'elle oppose de son propre chef les premières exceptions. Nous avons fait l'application de ce principe aux exceptions concernant la nullité de l'obligation principale (3).

(1) Pont, II, n. 348 s.; Guillouard, n. 223.
(2) Cass., 2 août 1870, S., 71. 1. 17, D., 70. 1. 344. — Guillouard, n. 228.
(3) V. *supra*, n. 943 s.

SECTION II

EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT PAR VOIE PRINCIPALE

§ I. *Application des modes ordinaires d'extinction des obligations.*

1170. L'article 2034 dit que « *l'obligation qui résulte du « cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres « obligations.* »

Nous avons dit notamment que le cautionnement s'éteint par la remise de la dette, la novation, la compensation, la confusion et examiné l'effet de cette extinction sur l'obligation principale (1).

1171. Aux termes de l'article 2017 : « *Les engagements « des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la « contrainte par corps, si l'engagement était tel que la cau- « tion y fût obligée.* » La disposition finale de ce texte est devenue sans objet depuis que la loi du 22 juillet 1867 a supprimé la contrainte par corps en matière civile et commerciale.

C'est par application du droit commun (C. civ., 1122) que les engagements de la caution passent à ses héritiers.

Si la loi le dit expressément, c'est qu'à Rome la *sponsio* et la *fidepromissio* s'éteignaient par le décès de la caution (2). Au contraire, l'engagement du *fidejussor* passait à ses héritiers (3).

Dans l'ancien droit, on avait décidé en ce dernier sens (4), malgré quelques dissidences (5).

Conformément aux principes généraux (C. civ., 1220), la dette se divise de plein droit entre les héritiers de la caution (6).

(1) V. *supra*, n. 1144 s.
(2) Gaius, III, § 120.
(3) § 2, Inst., *de fid.*, 3. 20. — L. 4, § 1, D., *De fid.*, 46. 1.
(4) Domat, liv. III, tit. IV, sect. 1, n. 14.
(5) Beaumanoir, XLIII, art. 4.
(6) Cass., 5 avril 1809, S. chr, — Troplong, n. 173 ; Guillouard. n. 163.

1172. Dans le cas où le cautionnement est synallagmatique, il se résout, conformément à l'article 1184, par l'inobservation des engagements du créancier (1).

Si, par exemple, le créancier poursuit le débiteur principal avant le terme convenu avec la caution, cette dernière est déchargée (2).

§ II. *De la décharge de la caution par l'impossibilité de la subrogation du créancier.*

1173. Parmi les causes d'extinction du cautionnement par voie principale, il y en a une qui doit tout particulièrement attirer l'attention, parce qu'elle est spéciale au cautionnement ; elle est établie par l'article 2037 : « *La caution est « déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques « et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce « créancier, s'opérer en faveur de la caution.* »

I. *Fondement et origine de la décharge.*

1174. Le fondement de l'article 2037 est que si le créancier a, par son fait, rendu impossible ou illusoire la subrogation dans son hypothèque, subrogation qui devait s'opérer de plein droit suivant l'article 2029 et sur laquelle, en conséquence, la caution a dû évidemment compter et en considération de laquelle elle a consenti à se porter caution, le créancier commet une faute en laissant périr des sûretés qui, s'il les avait conservées, auraient assuré le remboursement de la caution ; il méconnaît la convention qu'il a passée avec celle-ci ; l'article 2037 alloue donc à la caution, dans une forme spéciale, des dommages-intérêts (3).

On peut ajouter que l'article 2037 repose sur une faveur

(1) Alger, 1er fév. 1890, *Rev. algér.*. 91. 86.

(2) Alger, 1er fév. 1890, précité. — A moins cependant que le débiteur ne tombe sous le coup de l'art. 1188. Même arrêt (motifs).

(3) Labbé, *Note*, S., 87. 1. 5 ; Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1837, p. 55, n. 41 ; Guillouard, n. 233, Wahl ; *Note*, S., 1903. 1. 137. Comp. Guénée, *Note*, D., 97. 1. 569.

à laquelle la caution a droit, en raison du service qu'elle rend au créancier [1].

On a voulu assigner comme fondement à l'article 2037 le bénéfice de discussion. Cette opinion se heurte à la tradition, car l'article 2037 a son origine dans le droit romain, où, comme nous allons le dire, certaines cautions en jouissaient, jusqu'à une époque avancée, qui n'avaient pas le bénéfice de discussion (le *mandator pecuniæ credendæ*). La preuve, du reste, que les deux bénéfices sont indépendants l'un de l'autre, c'est qu'aujourd'hui encore l'article 2037 profite à des cautions qui n'ont pas le bénéfice de discussion (la caution judiciaire), et qu'à la différence du bénéfice de discussion le bénéfice de l'article 2037 est péremptoire.

1175. A Rome, la caution ne jouissait pas, en principe, du droit qui lui appartient aujourd'hui en vertu de l'article 2037 [2]. Le *mandator pecuniæ credendæ* faisait seul exception à la règle [3], par la raison que la caution était alors un mandant qui chargeait le créancier d'avancer des fonds au débiteur, et qui ainsi passait avec le créancier un contrat de bonne foi. Peut-être en était-il de même dans le pacte de constitut, fondé sur l'équité [4]. En tout cas, on décidait déjà dans l'ancien droit que le créancier qui, par sa faute, n'était pas payé, ne pouvait pas agir contre la caution [5].

II. *Faits emportant décharge.*

1176. L'article 2037 s'applique d'abord et évidemment lorsque par un fait actif le créancier a diminué ses sûretés, par exemple s'il a donné mainlevée d'une hypothèque [6], ou il a perdu la possession d'un objet soumis à un privilège

(1) Fournier, *loc. cit.* ; Labbé, *loc. cit.*

(2) L. 15, D., *De fid.*, 46. 1. — L. 22, D., *De pact.*, 2. 14.

(3) L., 95, § 15, D., *De sol.*, 46. 3.

(4) Bodin, *Rev. hist. du dr.*, XII, 1866, p. 214.

(5) Chorier, *op. cit.*, liv. IV, sect. 6, art. 11, p. 254 ; Pothier, n. 557 et 617. — V. cependant Ferrière, *Compilation*, 108, n. 129. — Spécialement pour le cas où le créancier libérait l'une des cautions. Pothier, *loc. cit.*

(6) Cass. req., 4 nov. 1896, S., 1900. 1. 509, D., 97. 1. 569. — Orléans, 11 août 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 329. — Guillouard, n. 234 et 238.

fondé sur la possession ou à un droit de rétention (1), ou s'il a déchargé une autre caution (2). Toutefois si ces actes sont passés après que la caution a payé le créancier, ils n'entraînent pas la responsabilité de ce dernier, parce qu'il ne sont pas opposables à la caution, laquelle, par le payement même, a été légalement subrogée au créancier (3). Il n'en est autrement que si la caution avait, pour cette subrogation, des mesures de publicité à accomplir et ne les avait pas encore accomplies au moment de l'acte du créancier (4) : cet acte alors lui nuit.

L'article 2037 s'applique également si le créancier a compromis sa sûreté par un fait passif ou une négligence, c'est-à-dire a négligé de faire les actes nécessaires à la conservation de sa créance (5), comme en omettant de renouveler une inscription hypothécaire et en la laissant ainsi tomber

(1) Cass., 18 décembre 1844, S., 45. 1. 108, D., 45. 1. 47. — Cass., 8 août 1872, S., 72. 1. 425. D., 72. 1. 240. — Guillouard, n. 235 et 238; Planiol, II, n. 2386.

(2) Guillouard, n. 288. — Sauf, bien entendu, si cette décharge ne nuit pas à la caution. Par exemple celle-ci ne peut se plaindre de la substitution d'un tiers à une caution, si elle ne doit, en tout cas, d'après le contrat de substitution être tenue que pour sa part virile vis-à-vis du créancier. Chambéry, 15 juil. 1901, *Loi*, 30 oct. 1901.

(3) Guénée, *Note*, D., 97. 1. 569.

(4) Cass. req., 4 nov. 1896, précité. — Guénée, *loc. cit.*

(5) Cass., 25 juillet 1827, S. chr. — Cass., 23 mai 1833, S., 33. 1. 574. — Cass., 17 août 1836, S., 36. 1. 632. — Cass., 29 mai 1838, S., 38. 1. 550. — Cass., 14 juin 1841, S., 41. 1. 465. — Cass., 20 mars 1843, S., 43. 1. 455. — Cass., 23 février 1857, S., 57. 1. 359, D., 57. 1. 88. — Cass., 7 juillet 1862, S., 62. 1. 799, D., 62. 1. 485. — Cass. civ., 2 déc. 1895, S., 96. 1. 65, D., 96. 1. 255. — Cass. req., 18 mars 1901 (impl.), S., 1903. 1. 137, D., 1903. 1. 345. — Pau, 3 janvier 1824, S. chr. — Toulouse, 27 août 1829, S., chr. — Bordeaux, 21 avril 1839, D. *Rép.*, v° *Caut.*, n. 341. — Toulouse, 2 mai 1859, S., 59. 2. 416. — Rouen, 5 novembre 1887, *Rec. Rouen*, 88. 11 (créancier qui laisse toucher par le débiteur une indemnité d'assurance qui lui avait été déléguée). — Nancy, 22 déc. 1900, D., 1901. 2. 434 (vendeur qui a laissé enlever par un sous-acquéreur les bois vendus, alors que le contrat lui en attribuait la propriété jusqu'au payement). — Bruxelles, 3 août 1886, *Pand. franç.*. 87. 2. 73. — Duranton, XVIII, n. 382 ; Ponsot, n. 382 ; Troplong, n. 565 s. ; Pont, II, n. 380 et 381 ; Aubry, et Rau, IV, p. 694, § 429, note 12 ; Laurent, XXVIII, n. 310 et 311 ; Guillouard. n. 234; Beudant, I, n. 107; Huc, X II, n. 250; Wahl, *Note*, S., 1903. 1. 137, n. II, Guénée, *Note*, D., 1905. 1. 9, Planiol, II, n. 2386. — *Contra* Caen, 31 juil. 1841, S., 41. 2. 493. — Toulouse, 19 mars 1842. S., 44. 1. 71. — Agen, 9 juin 1842, S.. 42. 2. 543. — Bastia, 2 fév. 1846. S., 48. 2. 10, D., 46. 2. 109. — Mourlon, *Des subrog.*, p. 518 s.; Labbé, *Notes*, P., 60. 431, S., 73. 1. 193 et S., 85. 1. 6.

en péremption (1), en vendant à un prix manifestement trop faible les valeurs qui lui avaient été données en nantissement (2), en s'abstenant de faire appel ou en ne donnant pas à la caution les renseignements nécessaires pour faire appel d'un jugement qui annule l'hypothèque consentie par le débiteur (3), en laissant vendre les biens affectés à son privilège ou à son hypothèque sans revendiquer ce droit de préférence sur le prix (4). Car la loi n'exige qu'une chose : le *fait* du créancier. Sa culpabilité est d'ailleurs aussi grande dans un cas que dans l'autre et l'article 1382 rend les particuliers responsables de leur négligence aussi bien que de leurs fautes. Pothier (5) s'exprimait en sens contraire, mais, dans l'ancien droit, la réaction contre le système rigoureux du droit romain n'était pas encore achevée.

La caution est également déchargée si le créancier consent à ne passer, pour le paiement de sa créance, qu'après les autres créanciers (6).

De même un banquier qui s'est engagé envers la caution à n'escompter que les bordereaux de valeurs visés par elle est déchu de tout recours si, ayant reçu ces bordereaux à l'escompte, il se dessaisit des valeurs entre les mains de la par-

(1) V. dans les deux sens les autorités précitées. — Décidé cependant que si la caution est en possession de la grosse, c'est elle qui commet une faute en ne renouvelant pas l'inscription. Paris, 29 nov. 1899 (motifs), sous Cass., 18 mars 1901, S., 1903. 1. 137, D., 1903. 1. 345. — Cela n'est pas exact, à moins que la caution n'ait reçu du créancier mandat de renouveler l'inscription ; car la caution ne peut être forcée de remplir un rôle qui appartient au créancier. Wahl, *Note*, S., 1903. 1. 137, n. II.

(2) Paris, 14 févr. 1894, *Gaz. trib.*, 19 août 1894.

(3) Cass. civ., 2 déc. 1895, précité. — Cpr. Cass. req., 22 déc. 1886 (impl.), S., 88. 1. 53.

(4) Paris, 23 nov. 1886, *Journ. des faill.*, 87. 14. — Trib. comm. Marseille, 19 janv. 1887, *Rec. Marseille*, 87. 100. — Trib. civ. Lyon, 2 avril 1887, *Mon. jud. Lyon*, 7 avril 1887. — Trib. civ. Seine, 4 déc. 1903, *Droit*, 23 fév. 1904 (impl.).

(5) N. 557.

(6) Dijon, 11 mars 1886, sous Cass. req., 3 janvier 1888, S., 90. 1. 467, D., 88. 1. 36. — Ainsi l'art. 2037 peut être invoqué contre le porteur d'effets de commerce qui a consenti à n'être payé qu'après les autres créanciers et qui ne peut plus subroger la caution ou le donneur d'aval, sans le concours duquel il a fait cette convention. — Même arrêt. — Guillouard, n. 238.

tie qui les lui a remises à l'escompte, sans l'autorisation de la caution (1).

Toutefois le créancier ne tombe pas sous l'application de l'article 2037 du Code civil par cela seul qu'il néglige d'informer la caution des circonstances qui rendraient le recours de cette dernière incertain (2).

Le créancier ne court également aucun danger en provoquant la faillite du débiteur (3). Loin de diminuer ses sûretés, il en active la réalisation.

Le créancier peut même, sans danger, s'abstenir de poursuivre le débiteur principal et le laisser devenir insolvable (4). Il ne laisse perdre ainsi aucune garantie; d'ailleurs le créancier ne fait ainsi qu'accorder une prorogation de terme au débiteur, et, d'après l'article 2039, la prorogation de terme permet seulement à la caution de poursuivre le débiteur.

Il en est de même, pour la même raison, si le créancier accorde expressément une prorogation de terme au débiteur, à moins qu'en même temps il ne perde une sûreté (5). Cela résulte, au surplus, de l'article 2039.

(1) Trib. com. Bordeaux, 9 nov. 1892, *Rec. de Bordeaux*, 93. 2. 20.

(2) V. cep. Cass. civ., 2 déc. 1895, S., 96. 1. 65. D., 96. 1. 255 (l'art. 2037 est applicable si la caution d'une ouverture de crédit n'est pas prévenue par le créancier que le crédit s'applique à des avances antérieures, et peut, par suite, en cas de faillite du crédité, être annulé en vertu de l'art. 446 C. com.). La question de principe n'avait pas été soulevée dans cette espèce. — V. aussi en sens contraire Lyon, 10 mai 1889, *Mon. jud. Lyon*, 11 déc. 1890.

(3) Cass., 7 avril 1869, S., 70. 1. 160, D., 71. 1. 53. —Rennes, 31 déc. 1868, S., 69. 2. 172. — Aubry et Rau, IV, p. 696, § 429, note 16 ; Laurent, XXVIII, n. 321.

(4) Cass., 22 janv. 1849, S., 49. 1. 182, D., 49. 1. 33. — Cass., 17 août 1859, S., 60. 1. 145, D., 59. 1. 359. — Cass., 8 mai 1861, S., 61. 1. 582, D., 61. 1. 269. — Cass. civ., 31 juil. 1900, S., 1902. 1. 119, D., 1901. 1. 276. — Agen, 26 nov. 1836, S., 37. 2. 102. — Nancy, 13 avril 1867, S., 68. 2. 81, D., 67. 2. 103. — Paris, 12 avril 1894, D., 94. 2. 256. — Nancy, 1er avril 1905, *Rec. Nancy*, 1995. 167. — Trib. civ. Lyon, 2 avril 1887, *Mon. jud. Lyon*, 7 juill. 1887. — Trib. com. Lyon, 16 sept. 1904, *Gaz. com. Lyon*, 19 nov. 1904. — Trib. féd. Suisse, 21 mai 1888, cité par Nessi, *Ann. dr. com.*, III, 1889, p. 44. — Troplong, n. 568 ; Mourlon, *De la subrog.*, p. 525 ; Demolombe, XXV, n. 650 ; Pont, II, n. 332 ; Aubry et Rau, IV, p. 698, § 429, note 24 ; Guillouard, n. 235 et 251 ; Planiol, II, n. 2386.

(5) Cass., 18 déc. 1844. S., 45. 1. 108, D. 45. 1. 47. —Cass., 8 août 1872, S., 72. 1. 425, D., 73. 1. 240. — Trib. com. Lyon, 16 sept. 1904, précité. — Guillouard, n. 235 et 251.

De même encore si le créancier laisse prescrire sa créance (1).

L'article 2037 n'est pas davantage applicable au créancier qui omet de produire à la faillite du débiteur principal (2); car, en permettant à la caution de produire à cette faillite, même avant d'avoir payé, l'article 2032-2° suppose que le créancier n'est pas tenu de se présenter lui-même à cette faillite.

De même le créancier n'est pas tenu de produire dans l'ordre ouvert sur le débiteur (3).

L'article 2037 ne peut être opposé au créancier qui a omis d'user d'une clause lui permettant d'exiger son payement d'avance (4).

A plus forte raison l'article 2037 n'est pas applicable si le créancier a touché une partie de sa créance, dès lors qu'il ne compromet pas le recouvrement du surplus (5).

1177. Il va sans dire que l'article 2037 peut être opposé au mandant pour les actes de son mandataire (6).

Mais le créancier n'est pas responsable de la faute d'un

(1) *Contra* Trib. civ. Lyon, 30 nov. 1899, *Mon. jud. Lyon*, 8 janv. 1900. — Trib. civ. Seine, 6 mai 1901, *Droit*, 23 juil. 1901. — Bruxelles, 3 août 1886. *Gaz. Pal.*, 88. 1, *Suppl.*, 77.

(2) Cass. req., 29 avril 1891, S., 94. 1. 443, D., 92. 1. 220. — Guillouard, n. 201.

(3) Cass., 19 nov. 1872, S., 73. 1. 193, D., 73 1. 38.

(4) Trib. civ. Bruxelles, 15 avril 1894, *Pasicr*, 94. 3. 323 (ce jugement, rendu pour le cas où le créancier s'est réservé le droit d'exiger le payement avant le terme si le débiteur est en retard pour le payement des intérêts, fait exception pour le cas où le débiteur n'est devenu insolvable après son retard ; cela est inexplicable). — Ainsi en est-il de l'octroi qui a omis de réclamer d'avance au débiteur principal, comme l'y autorisait le règlement de l'octroi, les droits d'entrepôt. Paris, 12 avril 1894, *Ann. dr. comm.*, 94. 1. 69. — De même pour la ville qui a omis d'exiger d'avance du fermier de l'octroi, comme elle en avait le droit, le payement des fermages. Cass. req., 17 août 1859, S., 60. 1. 145, D., 59. 1. 359.

(5) Cass. civ., 31 juil. 1900, S., 1902. 1. 119, D., 1901. 1. 276. (dans l'espèce le créancier, avec d'autres, avait accepté une délégation de créance).

(6) Cass. req., 14 juin 1847, S., 48. 1. 37, D., 47. 1. 332. — Cass. civ., 27 juil. 1869, S., 69. 1. 460, D., 69. 1. 350. — Cass. req., 20 janv. 1880, S., 80. 1. 412, D., 80. 1. 252. — Pau, 7 mars 1889, sous Cass. civ., 19 janv. 1892, S., 92. 1. 265, D., 92. 1. 89 (motifs). — Pont, I, n. 1054 et 1064.

tiers [1], ni à plus forte raison de la faute de la caution [2].

Si la perte de sûreté provient à la fois de la faute du créancier et de la faute de la caution, on admet que le premier, étant responsable de sa seule faute, est tenu d'indemniser la caution d'une partie du préjudice causé, de sorte que la caution doit être déchargée partiellement du cautionnement [3].

Il est préférable de décider que la caution reste tenue entièrement [4]. L'article 2037, en effet, veut que, par le fait du créancier, la subrogation ne puisse plus s'opérer; il subordonne donc son application à la condition que l'impossibilité de subrogation soit due au seul fait du créancier. On objecterait à tort qu'en cas de faute commune la victime n'a pas le droit d'obtenir une réparation intégrale du dommage; car la caution, dès lors qu'elle était en mesure de s'assurer de la subrogation, doit se reprocher de ne pas l'avoir fait.

La solution est la même si, la caution ayant commis une faute, cette faute a entraîné l'impossibilité de subrogation à raison d'une faute postérieure du créancier [5].

Le créancier n'est pas responsable davantage des résultats d'une disposition législative, de celle par exemple qui annule l'hypothèque dans le cas prévu par l'article 446 du Code de commerce [6].

[1] Guillouard, n. 237.

[2] Cass. civ., 19 janv. 1891, S., 92. 1. 265. D., 92. 1. 89. — Aubry et Rau, IV, p. 694, § 429, note 13 ; Guillouard, n. 237 ; Wahl, *Note*, S., 1903. 1. 137, n. II ; Beudant, I, n. 108 ; Huc, XII, n. 251.

[3] Laurent, XXVIII, n. 313 et 314; Guillouard, n. 237. — C'est l'opinion que nous avions soutenue dans nos éditions précédentes; nous avions à tort, avec la plupart des auteurs, interprété la jurisprudence dans le même sens.

[4] Cass., 12 mai 1835, S., 35. 1. 338. — Cass., 26 mai 1846, S., 48. 1. 739, D., 46. 4. 139. — Bruxelles, 16 mai 1821, S., 35. 1. 339 (en note). — Pont, II, n. 381; Aubry et Rau, IV, p. 694, § 429, note 13; Wahl, *Note*, S., 1903. 1. 137, n. II.

[5] Wahl, *loc. cit.*, V. cep. Paris, 29 nov. 1899, sous Cass., 18 mars 1901, S., 1903. 1. 137, D., 1903. 1. 345.

[6] Cass. req., 22 déc. 1886, S., 88. 1. 53, D., 87. 1. 387 (alors même que le créancier aurait eu connaissance de la nullité, et que l'hypothèque se trouve annulée parce que la faillite est reportée à une dette antérieure). — Même solution donnée dans un cas où le créancier avait été obligé de subir l'application de la

1178. Il ne suffit pas, pour que le créancier soit à l'abri de l'action de la caution, que la sûreté soit conservée en droit, il faut qu'il veille au maintien de l'efficacité de la sûreté (1); ainsi le créancier est responsable de la perte de l'efficacité d'une hypothèque résultant de ce que le débiteur a déboisé une forêt, alors même que l'hypothèque acquise sur cette forêt subsiste (2). La caution peut également obtenir sa décharge si le créancier a diminué la valeur de l'immeuble en se faisant consentir un bail à longue durée de cet immeuble (3). L'article 2037 est, en effet, fondé sur une négligence du créancier, et, en fait, cette négligence s'est produite. L'opinion contraire rend illusoire la protection accordée à la caution. On objecte que le créancier ne pouvait s'opposer à la gestion frauduleuse du débiteur. C'est une erreur, car tout créancier, même chirographaire, peut prendre les mesures conservatoires nécessaires.

Mais le créancier n'est pas responsable des faits du débiteur qu'il n'a pu empêcher (4).

1179. Ce n'est pas seulement aux sûretés existantes au moment où la caution s'est engagée que s'applique l'article 2037, c'est encore à celles que le créancier a acquises ultérieurement (5). L'opinion contraire fait une distinction dans un texte qui ne distingue pas. Du reste les motifs de décider restent les mêmes : l'article 2037 est un corollaire de l'article 2029 et veut punir le créancier d'avoir rendu impossible ou inefficace la subrogation de la caution à ses

loi anglaise de 1870 sur les sociétés commerciales. — Caen, 24 mars 1892, *Rec. de Rouen*, 92. 2. 117.

(1) Cass., 23 mai 1833, S., 33. 1. 574. — Guillouard. n. 236. — *Contra* Pont, II, n. 382.

(2) Cass., 23 mai 1833, précité. — Guillouard, n. 236. — *Contra* Pont, *loc. cit.*

(3) Nancy, 19 fév. 1858, S., 58. 2. 244. — Guillouard, n. 238.

(4) Guillouard, n. 237.

(5) Caen, 18 mars 1828, S. chr. — Duranton, XVIII, n. 382; Ponsot, n. 334; Troplong, n. 570 et 571. — *Contra* Cass., 14 janv. 1831, S., 31. 1. 97. — Cass., 12 mai 1835, S., 35. 1. 338. — Cass., 27 nov. 1861, S., 62. 1. 130, D., 61. 1. 470. — Cass., 10 déc. 1866, S., 67. 1. 151, D., 66. 1. 425. — Nancy, 13 avril 1867, S., 68. 2. 81. — Douai, 20 janv. 1902, *Rec. Douai*, 1902. 276. — Mourlon, *De la subrogation*, p. 526 s.; Dutruc, *Note*, S., 62. 1. 130; Pont, II, n. 377; Aubry et Rau, IV, p. 695, § 429, note 15; Laurent, XXVIII, n. 308; Guillouard, n. 239; Planiol, II, n. 2385.

droits; or, on sait que cette subrogation porte, en particulier, sur les sûretés acquises depuis le cautionnement. On décidait, il est vrai, le contraire dans l'ancien droit [1], par la raison que la caution n'a pas dû compter sur les sûretés ultérieures [2]; mais l'article 2037 a logiquement rompu avec la tradition, et d'ailleurs on comprend que la solution contraire ait été admise dans l'ancien droit, où, d'après beaucoup d'auteurs, la caution n'était même pas subrogée aux droits acquis depuis son engagement [3].

Mais la caution ne peut reprocher au créancier d'avoir négligé d'acquérir des sûretés nouvelles [4]. L'article 2037 ne s'applique plus ici par son texte ni par son esprit.

III. *Conditions auxquelles est subordonnée la décharge.*

A. *Nécessité d'une demande. — Montant de la décharge. Formes de la demande.*

1180. Le bénéfice de l'article 2037 doit être invoqué par la caution et ne lui est pas attribué de plein droit [5].

C'est par voie d'exception que la caution se prévaut, le cas échéant, de la disposition de l'article 2037. L'exception a conservé dans la doctrine le nom d'*exceptio cedendarum actionum*, qui avait sa raison d'être à une époque où la transmission des actions du créancier à la caution s'opérait par voie de cession. Aujourd'hui que la caution est subrogée de plein droit, il conviendrait mieux de dire *exception de subrogation*. Quel que soit le nom qu'on lui donne, c'est une exception *non adimpleti contractus*.

De ce que c'est une exception, il faut conclure que la caution ne peut l'invoquer avant d'être poursuivie par le créan-

(1) Pothier, n. 557. On cite encore Dumoulin, *Prima lectio Dolona*, n. 35, éd. 1681, III, p. 393. — Mais cet auteur dit, ce qui n'est plus admis, que la caution n'est pas même subrogée aux droits nouveaux.

(2) Pothier, *loc. cit.*

(3) V. la note 11, *supra*.

(4) Cass., 3 mai 1861, S., 61. 1. 682, D., 61. 4. 269. — Pau, 25 août 1851, S., 52. 2. 29, D., 51. 2. 248. — Pont, II, n. 378; Aubry et Rau, IV, p. 695, § 429, note 15; Laurent, XXVIII, n. 309; Guillouard, n. 239; Planiol, *loc. cit.*

(5) Guillouard, n. 242.

cier (1). Au surplus il lui serait inutile de la faire valoir antérieurement, puisqu'elle ne sera peut-être pas poursuivie par le créancier. Le système contraire admet une action *in futurum*, et les actions de ce genre sont, d'après l'opinion générale, interdites dans notre droit. Enfin la caution ne peut savoir, avant le moment où le créancier lui demande le payement de la dette, si la perte d'une sûreté lui fait éprouver un préjudice en rendant son recours impossible ou difficile.

Mais l'exception de l'article 2037 ne doit pas, sous peine de déchéance, être invoquée par la caution au début de l'instance; comme elle tient au fond du droit, elle peut être invoquée jusqu'à ce que la cause soit en état; elle peut être invoquée aussi en appel; mais, n'étant pas d'ordre public, elle ne peut être invoquée pour la première fois devant la cour de cassation (2).

B. *Nécessité d'un préjudice. — Montant de la décharge.*

1181. La caution ne peut évidemment invoquer l'article 2037 que si le fait du créancier lui a causé un préjudice (3), puisque, comme nous l'avons dit, l'article 2037 ne fait qu'allouer à la caution des dommages-intérêts.

Par exemple, la caution ne peut reprocher au créancier sa renonciation à une hypothèque ou la péremption de l'inscription d'une hypothèque qui ne serait pas venue en ordre

(1) Montpellier, 23 août 1870, sous Cass., 19 nov. 1872, S., 73. 1. 193, D., 73. 1. 38. — *Contra* Labbé, *Note*, S., 73. 1. 194. — Guillouard, n. 242.

(2) Cass. civ., 24 oct. 1888, D., 89. 1. 52.

(3) Cass., 8 mai 1850, S., 50. 1. 597, D., 50. 1. 158. — Cass., 19 janv. 1863, S., 63. 1. 187, D., 63. 1. 86. — Cass. civ., 2 févr. 1886 (1er arrêt), S., 87. 1. 5, D., 86. 1. 233. — Cass. civ., 31 juillet 1900, S., 1902. 1. 119, D., 1901. 1. 276. — Pau, 21 janv. 1884, S., 86. 2. 90, D., 85. 2. 77 (défaut de production dans un ordre, qui a profité exclusivement à la caution et à ses créanciers personnels). — Nancy, 1er avril 1905, *Rec. Nancy*, 1905. 167. — Ponsot, n. 334; Troplong, n. 572; Pont, II, n. 374 et 376; Aubry et Rau, IV, p. 696, § 429, note 18; Labbé, *Note*, S., 87. 1. 5; Laurent, XXVIII, n. 306 s.; Guillouard, n. 240; Lyon-Caen, *Note*, S., 96. 1. 65; Wahl, *Note*, S., 1903. 1. 137; Beudant, I, n. 108; Planiol, II, n. 2387 — et les autorités citées à la note 5, p. suiv. — Cependant la solution contraire peut être imputée à Cass. civ., 2 déc. 1895, S., 96. 1. 65, D., 96. 1. 255, et en tout cas paraît être donnée par Cass. req., 18 mars 1901, S., 1903. 1. 137, D., 1903. 1. 345. — Wahl, *Note*, S., 1903. 1. 137, n. I.

utile [1]. On ne peut lui reprocher davantage d'avoir accepté le prix d'une aliénation volontaire, au lieu de provoquer la purge, si, en fait, le prix répondait à la valeur de l'immeuble [2], ou d'avoir déchargé une autre caution, si celle-ci a été remplacée par une nouvelle caution également solvable [3].

De même la vente d'objets donnés en gage au créancier ne donne pas lieu à indemnité bien qu'elle ait lieu sans l'emploi des formes prescrites, si le prix n'a pas été inférieur à la valeur de l'objet [4].

1182. Si l'article 2037 n'est donné à la caution que dans le cas où la perte des droits du créancier lui fait éprouver un préjudice, de même il ne fait pas toujours obtenir à la caution une décharge totale ; celle-ci n'est déchargée que dans la mesure de ce qu'elle perd par le fait du créancier [5]. Ainsi je cautionne une dette de 20.000 francs, garantie par une hypothèque portant sur deux maisons qui valent 10.000 francs chacune ; le créancier renonce à son hypothèque sur l'une de ces maisons. Je ne serai déchargé que pour moitié, parce que le créancier a rendu par son fait la subrogation impossible à mon profit dans une hypothèque qui m'aurait assuré le remboursement de la dette pour la moitié.

1183. Le préjudice subi par la caution doit être certain et non pas seulement possible [6].

1184. C'est à la caution qu'il appartient de démontrer qu'elle a subi un préjudice et d'en établir le montant ; ce

(1) Trib. civ. Seine, 4 déc. 1903, *Droit*, 23 fév. 1904. — Guillouard, *loc. cit.*; Lyon-Caen, *loc. cit.*

(2) Cass. civ., 2 fév. 1886, précité.

(3) Chambéry, 15 juil. 1901, D., 1903. 2. 341.

(4) Cass. civ., 2 déc. 1903, D., 1905. 1. 9. — Guénée, *Note*, D., 1905. 1. 9.

(5) Cass., 8 mai 1850, S., 50. 1. 597, D., 50. 1. 158. — Cass., 19 janv. 1863, S., 63. 1. 187, D., 63. 1. 86. — Cass., 2 févr. 1886, S., 87. 1. 5, D., 86. 1. 233 — Toulouse, 2 janv. 1823, S. chr. — Caen, 5 mars 1868, *Rec. de Caen*, 68.109, — Pau, 21 janv. 1834, S., 86. 2. 90, D., 85. 2. 77. — Ponsot, n. 334 ; Troplong, n. 572; Pont, II, n. 374 et 375 ; Aubry et Rau, IV, p. 696, § 429, note 17; Laurent, XXVIII, n. 306; Wahl, *loc. cit.* : Thiry, IV, n. 266 ; Planiol, *loc. cit.*

(6) Lyon-Caen, *loc. cit.*

n'est pas le créancier qui doit prouver que la caution n'a pas subi de préjudice ou n'a subi qu'un préjudice partiel[1]. Car c'est la caution qui réclame sa décharge et tout demandeur doit démontrer le bien fondé de son droit. Cette décharge n'est d'ailleurs que la forme spéciale des dommages-intérêts auxquels la faute du créancier permet à la caution de prétendre ; or le succès d'une action en dommages-intérêts est aussi bien subordonné à la preuve d'un préjudice qu'à la preuve d'une faute. On objecte que l'article 2037 oblige le créancier à conserver ses sûretés et que, par suite, le créancier en faute pour ne pas les avoir conservées. Cela est exact, mais tout ce qui en résulte c'est que la caution, en prouvant que le créancier n'a pas conservé ses sûretés, démontre la faute de ce dernier ; il lui faut encore démontrer autre chose, le préjudice. On dit encore qu'en fait le créancier prouvera facilement que l'abandon d'une sûreté a été légitime, et que la caution prouvera difficilement la valeur d'une sûreté abandonnée. Cela nous paraît inexact en fait, et dans tous les cas l'argument n'est pas suffisant pour faire admettre une dérogation aux principes.

1185. La caution qui n'a cautionné qu'un des codébiteurs solidaires peut obtenir sa décharge dans la mesure où le fait du créancier rend impossible le recours que nous lui avons accordé contre son codébiteur [2].

C. *De la clause contraire*

1186. L'article 2037 peut-il être écarté par la convention? Nous le pensons [3] ; car ce texte est fondé sur le droit de la caution à la subrogation, et la subrogation peut être écartée par la convention.

(1) Nancy, 1er avril 1905, précité. — Labbé, *Note*, S., 87. 1. 5; Lyon-Caen, *Note*, S., 96. 1. 65. — *Contra* Orléans, 11 août 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 329.— Guillouard, n. 241. — On a cité en ce dernier sens Cass. civ., 2 déc. 1895, S., 96. 1. 65, D., 96. 1. 255. Mais dans l'espèce de cet arrêt la question de preuve n'a pas été agitée.

(2) Cass. civ., 7 mars 1887, S., 87. 1. 265, D., 87. 1. 271. Guillouard, n. 248.

(3) Labbé, *Note*, S., 87. 1. 5. — Cpr. Cass., 13 nov. 1877, S., 78. 1. 415.

IV. *Personnes qui peuvent invoquer la décharge*

1187. L'article 2037 s'applique à celui qui a hypothéqué un immeuble en garantie de la dette d'autrui (1) ; il est, comme nous l'avons dit ailleurs, une véritable caution ; on ne saurait donc objecter que l'article 2037 doit être restreint à la caution.

Mais le tiers détenteur d'immeubles hypothéqués par le débiteur ne peut invoquer l'article 2037 (2), car il n'est pas une caution, et du reste on ne concevrait pas que le créancier pût être tenu envers une personne dont le titre lui est étranger et dont l'acquisition n'a pour lui que des inconvénients. On n'a pu soutenir le contraire qu'en fondant l'article 2037 sur le bénéfice de discussion. L'opinion contraire de Pothier (3) ne saurait pas davantage prévaloir contre les textes et les principes.

1188. La caution solidaire peut invoquer le bénéfice de l'article 2037, aussi bien que la caution simple (4). Car nous

(1) Cass. Rome, 2 déc. 1902, S., 1904. 4. 8. et les arrêts italiens cités en note.— Mourlon, *op. cit.*, p. 517 ; Bertauld, *De la subrogation de l'hypothèque légale de la femme mariée*, n. 159 ; Aubry et Rau, IV, p. 697, § 429, note 20 ; Vigié, III, n. 1174 ; Planiol, II, n. 2384. — *Contra* Cass., 25 nov. 1812, S. chr. — Cass., 10 août 1814, S. chr. — Duranton XVIII, n. 382 ; Taulier VII, p. 47 ; Boileux, VI, p. 687 ; Troplong, n. 561 ; Pont, II, n. 371 ; Massé et Vergé, V, p. 80, § 763, note 3 ; Laurent XXVIII, n. 151 ; Huc, XII, n. 252 ; Guillouard, n. 246.

(2) Cass., 2 déc. 1846, S., 47.1.86, D., 47.1.5. — Cass., 17 mars 1852, S., 52. 1.427, D., 52.1.97. — Cass., 18 déc. 1854, S., 55.1.247, D., 55.1.34. — Aix, 24 mai 1853, S., 53.2.467, D., 54.5.724. — Bourges, 11 juin 1855, S., 55.1.635. — Chambéry, 31 août 1861, S., 62.2.219. — Caen, 26 nov. 1870, S., 71.2.263, D., 73.2.181. — Dupret, *Rev. dr. franç. et étr.*, II, 1845, p. 505 s., n. 28 s. ; Mourlon, *op. cit.*, p. 528 s. ; Pont. II, n. 372 ; Aubry et Rau, III, p. 444, § 287, note 30 et IV, p. 698, § 429, note 21 ; Guillouard, n. 247 ; Planiol, *loc. cit.* — *Contra* Bastia, 2 fév. 1846, S., 48.2.10, D., 46.2.109. — Bastia, 22 nov. 1847, S., 48.2.10, D., 47.2.213. — Trib. civ. Villefranche, 7 fév. 1862, sous Cass., 3 juin 1862, S., 64.1.355, D., 64.1.217.

(3) *Introd. au tit.* XX *de la cout. d'Orléans*, n. 42 s. et *Tr. des hyp.*, ch. II, article 2, § 6, n. 101 s.

(4) Cass., 17 août 1836, S., 36.1.631. — Cass., 19 mai 1838, S., 38.1.550. — Cass., 14 juin 1841, S., 41.1.465. — Cass., 20 mars 1843, S., 43.1.455. — Cass., 9 janv. 1849, S., 49.1.278, D., 49.1.70. — Cass., 8 mai 1850, S., 50.1.597, D., 50.1.458. — Cass., 16 mars 1852, S., 52.1.636, D., 52.1.103. — Cass., 23 fév.

avons montré qu'elle est une caution véritable; du reste, la loi ne distingue pas et son esprit interdit également toute distinction.

On l'a cependant contesté, en se fondant sur ce que l'article 2037 est une conséquence du bénéfice de discussion, auquel la caution solidaire n'a pas droit (1). Nous avons déjà montré que ce fondement assigné à l'article 2037 est inexact.

Il en est ainsi spécialement du donneur d'aval (2) ou de la caution en matière de douanes (3).

A plus forte raison, l'article 2037 peut-il être invoqué par la caution qui a renoncé au bénéfice de discussion (4).

1189. Le codébiteur solidaire ne peut se prévaloir de l'article 2037 (5). Quoique ce texte soit un corollaire de la subro-

1857, S., 57.1.359, D., 57.1.88. — Cass., 19 janv. 1863, S., 63.1.187, D., 63.1. 86. — Bordeaux, 19 janv. 1822, S. chr. — Pau, 3 janv. 1824, S. chr. — Caen, 18 mars 1828, S. chr. — Limoges, 28 mars 1844, S., 44.2.143. — Amiens, 25 mars 1847, S , 47.2.337. — Orléans, 3 avril 1851, S., 51.2.555, D., 52.2.66. — Rouen, 5 nov. 1887, *Rec. Rouen*, 83.11. — Nancy, 19 fév. 1858, S., 58.2.441. — Toulouse, 2 mai 1859, S., 59.2.416. — Pau, 21 janv 1884, S., 86. 2. 90, D., 85.2.77. — Pau, 7 mars 1889, sous Cass. civ., 19 janv. 1892, S., 92.1.265 (impl.). — Trib. civ. Béziers, 9 avr. 1894, sous Cass., 12 déc. 1898, S., 1902. 1. 86, D., 1904.1.430. — Bastiné, *Tr. d'enreg.*, n. 498 ; Duranton, XVIII, n. 382 ; Ponsot, n. 529; Mourlon, *De la subrogation*, p. 514 ; Fournier, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 54, n. 41; Massé et Vergé, V, p. 79, § 763, note 3 ; Pont, II, n. 368 ; Aubry et Rau, IV, p. 696, § 429, note 19; Laurent, XXVIII, n. 304; Guillouard, n. 243 ; Thaller, *Rev. crit.*, XII, 1883, p. 367; Massé, *Dr. comm.*, IV, n. 2765 ; Planiol, *loc. cit.*

(1) Limoges, 21 mai 1835, S., 35.2.455. — Agen, 10 juil. 1837, S., 39.2.291. — Troplong, n. 558.

(2) Dijon, 12 mars 1886, sous Cass. req., 3 janv. 1888, S., 90. 1. 467, D., 88. 1. 36.

(3) *Contra* Trib. com. Nantes, 12 avril 1836, *Rec. Nantes*, 86. 295 (cette caution serait, d'après ce jugement, un véritable codébiteur solidaire).

(4) Pont, II, n. 367 ; Guillouard, n. 243. — *Contra* Troplong, n, 533 s.

(5) Cass., 5 déc. 1843, S., 44. 1. 71. — Cass., 16 mars 1852, S., 52. 1. 104, D., 52. 1. 9. — Cass., 18 fév. 1861, S., 61. 1. 586, D., 61. 1. 153. — Cass., 3 avril 1861. S., 61. 1. 986, D., 61. 1. 388. — Toulouse, 19 mars 1842, S., 43. 2. 185. — Riom, 2 juin 1846, S., 46. 2. 370, D., 46. 2. 149. — Dijon, 30 avril 1847, S., 47. 2. 602, D., 51. 2. 107. — Bordeaux, 14 fév. 1849, S., 49. 2. 500, D., 49. 2. 81. — Paris, 8 mars 1851, S , 51.2. 427, D., 51. 2. 107. — Bourges, 10 juin 1851, S., 51. 2. 681, D., 52. 2. 28. — Nîmes, 14 nov. 1855, S., 56. 2. 535. — Trib. com. Lyon, 16 sept. 1904, *Gaz. com. Lyon*, 19 nov. 1904. — Troplong, n. 563; Larombière, art. 1208, n. 4 ; Pont, II, n. 369 ; Aubry et Rau, IV, p. 698, § 429, note 21, et p. 35, § 298 *ter*, note 47; Guillouard, n. 245 ; Planiol,

gation, et que la subrogation soit accordée au codébiteur tout aussi bien qu'à la caution, il est exceptionnel, car il est certain qu'en son absence personne n'aurait songé à admettre la solution qu'il donne et, d'ailleurs, en droit romain, la caution elle-même, malgré la subrogation dont elle jouissait, ne pouvait invoquer aucun bénéfice analogue à celui de l'article 2037. L'extension de sa disposition est d'autant moins possible qu'il prononce contre le créancier une déchéance. Il faut ajouter que l'article 1285, en prononçant la déchéance du créancier vis-à-vis des codébiteurs solidaires, s'il a renoncé à sa créance à l'égard de l'un d'eux, fournit un argument *a contrario* décisif. Enfin on comprend que la caution, qui s'engage pour le compte d'un tiers, soit mieux protégée que le codébiteur, lequel, en général, s'engage dans son propre intérêt. Toutes ces considérations empêchent qu'on tienne compte de l'opinion contraire de Pothier (1), qui d'ailleurs n'était pas, comme l'interprète moderne, arrêté par un texte.

1190. Le bénéfice de l'article 2037 du Code civil n'appartient pas à l'assureur maritime, subrogé légalement à l'assuré contre les tiers responsables du dommage (2) (et il en est de même de l'assureur terrestre si on lui accorde, ce qui est contesté, cette subrogation), car l'article 2037 est un texte exceptionnel, puisqu'il prononce une déchéance. Au surplus, les divers motifs par lesquels on le justifie ne peuvent pas tous être invoqués par l'assureur.

C'est donc à tort qu'on objecte le caractère de contrat de garantie qui appartient également à l'assurance et au cautionnement. L'analogie serait-elle frappante que cette objection ne répondrait pas encore aux considérations qui précèdent. Du reste l'analogie n'est qu'apparente : l'assureur, qui

loc. cit. — *Contra* Cass., 13 fév. 1816, S. chr. — Nîmes, 3 déc. 1829, S. chr. — Duranton, XVIII, n. 382; Ponsot, n. 329; Rodière, *De la solidarité*, n. 154.

(1) N. 275.

(2) Cass. civ., 2 mars 1886, S., 87. 1. 17. — De Courcy, *L'assureur est-il une caution ? Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 315 s. ; Lyon-Caen, *Rev. crit.*, XVI, 1887, p. 627, et *Note*, S., 87. 1, 17. — *Contra* Bédarride, *Dr. com. marit.*, V, n. 2007.

ne rend pas un service gratuit, est moins digne de faveur que la caution.

Le commissionnaire *ducroire*, n'étant pas une caution [1], ne peut pas davantage invoquer l'article 2037 [2].

§ III. *Effets de la prorogation de terme accordée au débiteur.*

1191. Si le créancier a prorogé le terme que la convention accordait au débiteur principal, la caution ne peut soutenir qu'elle est déchargée du cautionnement. L'opinion contraire aurait pu être soutenue si la loi ne s'était pas expliquée; car la caution peut dire que si le débiteur devient insolvable à l'expiration du nouveau terme qui lui a été accordé, elle n'aura, pour obtenir son remboursement, qu'un recours illusoire. On peut reprocher à la loi de ne pas avoir admis ce raisonnement [3]. L'article 2039 le condamne : « *La « simple prorogation de terme, accordée par le créancier au « débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, « en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement.* » Ainsi la caution n'est pas déchargée, c'était déjà la solution de l'ancien droit [4], mais elle peut agir contre le débiteur pour le forcer au paiement ; de sorte qu'il dépend d'elle de rendre illusoire la concession du terme faite par le créancier. Pour en profiter, le débiteur n'aura qu'un moyen: c'est de prendre des arrangements avec la caution, par exemple en lui fournissant une hypothèque pour la garantie de son recours éventuel.

(1) V. *supra*, n. 916 et 1006.

(2) Lyon, 17 juil. 1890, *Ann. dr. com.*, IV, 1890, *Jurispr.*, p. 210.

(3) Guillouard, n. 250. — *Contra* Pothier, n. 406. — Rapport de Chabot au Tribunat, Fenet, XV, p. 59. — Discours de Lahary au Corps législatif, Fenet, XV, p. 88. — Troplong, n. 576 ; Pont, II, n. 402 ; Laurent, XXVIII, n. 278.

(4) Pothier, n. 406 ; Matthaeus, *In. not. ad quest.* 117, cité par Chorier, *La jurispr. de Guy Pape*, 2e éd., 1769, liv. IV, sect. VII, art. 8, p. 251 ; Chorier, *loc. cit.* — D'autres faisaient une distinction : la concession d'un terme en cas d'obligation pure et simple ne déchargeait pas la caution ; il en était autrement de la prorogation du terme stipulé. Ronchin sur Guy Pape, quest. 118; Argou. liv. IV, ch. I (II, p. 379).

La plupart des législations étrangères admettent que la caution est libérée après le terme fixé [1].

1192. L'article 2039 s'applique, que la dette soit payable après un certain terme ou immédiatement [2].

Il n'y a pas davantage à distinguer suivant que la caution a pu prévoir ou non la prorogation [3].

Nous avons vu cependant que la caution peut être déchargée si, en accordant la prorogation du délai, le créancier renonce à une sûreté.

De même, nous l'avons montré, la prorogation de délai éteint le cautionnement si elle entraîne une novation.

A la prorogation de délai, il faut, comme nous l'avons dit à propos de l'article 2037, assimiler le défaut de poursuites.

Enfin la caution est déchargée si le créancier ne la prévient pas de la prorogation [4]; car elle ne peut alors songer à user de la faculté, que lui accorde l'article 2039, de poursuivre le débiteur.

1193. Nous avons montré que, malgré la prorogation de délai, la caution peut payer le créancier et nous avons dit dans quelles conditions ce paiement lui donne un recours contre le débiteur [5].

1194. L'article 2039 s'applique à la caution solidaire aussi bien qu'à la caution pure et simple [6].

[1] *Espagne*, C. civ., 1889. — *Portugal*, C. civ., 852. — D'autres lois subordonnent le maintien de l'engagement de la caution à la condition que le débiteur soit poursuivi dans un certain délai après l'échéance. — *Suisse*, C. civ., 502. — *Norvège*. D'après la jurisprudence, la prorogation de terme ne libère pas la caution et lui permet seulement d'agir contre le débiteur.— C.sup., 24 mai 1883, *Journ. dr. int.*, X, 1883, p. 637.

[2] Cass., 17 août 1859, S., 60. 1. 145, D., 59. 1. 359. — Guillouard, n. 251.

[3] Cass., 13 nov. 1877, S., 78. 1. 415, D., 78. 1. 300. — Guillouard, n. 251.

[4] Trib. com. Marseille, 16 juin 1899, *Rec. Marseille*, 99. 1. 341.

[5] V. *supra*, n. 1018.

[6] Cass., 13 nov. 1877, S., 78. 1. 415, D., 78. 1. 300. — Guillouard, n. 415.

SECTION III

DROIT INTERNATIONAL

1195. La question de savoir sous quelles conditions la caution est libérée est régie par la loi du lieu où le cautionnement a été passé [1].

CHAPITRE VII

COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE CAUTIONNEMENT

1196. Conformément au droit commun, la compétence en matière de cautionnement appartient au tribunal de commerce si le cautionnement est commercial et au tribunal civil dans le cas contraire.

Toutefois, l'article 635 du Code de commerce attribuant compétence au tribunal de commerce pour tout ce qui concerne les faillites, l'action intentée contre la caution d'un failli, même civile, doit être portée devant ce tribunal [2]. Il en est de même pour la caution d'un concordat après faillite [3].

1197. En principe, le cautionnement n'a pas le caractère commercial, alors même qu'il garantit une dette commerciale ; car le cautionnement est, par sa nature, un acte gra-

(1) Trib. supr. allemand, 23 mai 1883, *Entsch.*, IX, n. 46, p. 185 s. — Trib. supr. allemand, 17 janv. 1887, Bolze, *Praxis des Reichsgerichts*, IV, n. 20, p. 6. — Von Bar, *Theorie und Praxis des int. Privatrechts*, II, p. 109, n. 284.

(2) Dijon, 16 et 18 août 1853, S., 53. 2. 668. — Trib. com. Seine, 19 oct. 1894. *Gaz. Pal.*, 94. 2. 612 (action en paiement du dividende promis par une caution). — Trib. com. Nantes, 27 oct. 1894, cité *infra*. — *Contra* Rousseau et Defert. *Code annoté des faill.*, art. 635, n. 41 ; Laroque-Sayssinel, *Tr. des faill.*, II, n. 206 ; Devilleneuve, *Dict. du content. comm.*, v° *Faillite*, n. 1601 ; Ruben de Couder, *Dict. dr. com.*, v° *Faillite*, n. 1076 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.*, I, n. 182.

(3) Besançon, 30 nov. 1884, S., 86. 2. 206, D., 86. 2. 87. — Toulouse, 21 mai 1890. *Journ. de Marseille*, 91. 2. 97. — Thaller, *Ann. dr. com.*, V, 1891, *Doct.*, p. 208.

tuit, et le propre des actes de commerce est d'être inspiré par un but de spéculation (1).

Il suit de là que le tribunal civil est compétent dans l'instance où figure la caution, alors même que la caution succède au débiteur d'une dette commerciale, si elle n'a accepté la succession que sous bénéfice d'inventaire (2).

Il en est de la caution solidaire comme de la caution pure et simple (3).

(1) Cass., 21 nov. 1855, S., 56. 1. 499, D., 55. 1. 459. — Cass. civ., 16 mai 1866, S., 66. 1. 279, D., 66. 1. 209. — Cass. civ., 27 août 1867, S., 67. 1. 375, D., 67. 1. 490. — Cass., 13 août 1872, S., 73. 1. 56, D., 74. 1. 77. — Paris, 24 avril 1854, D., 55. 2. 66. — Besançon, 21 mai 1860, S., 61. 2. 141, D., 60. 2. 180. — Bourges, 9 juill. 1860, S., 61. 2. 142, D., 61. 5. 108. — Bordeaux, 12 mai 1873, S., 73. 2. 220. — Paris, 26 juill. 1876, S., 77. 2. 141. — Dijon, 23 nov. 1881, S., 82. 2. 75. — Besançon, 20 nov. 1884, S., 86. 2. 206, D., 86. 2. 87. — Paris, 19 déc. 1885, *Loi*, 7 janv. 1886. — Grenoble, 11 fév. 1887, *Rec. Grenoble*, 87. 78. — Lyon, 13 mai 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 2. *Suppl.*, 28. — Paris, 9 juill. 1887, *Journ. des soc.*, 89. 414. — Toulouse, 15 mars 1888, *Gaz. Trib. Midi*, 11 mai 1888. — Lyon, 6 juill. 1888, *Mon. jud. Lyon*, 7 déc. 1888. — Lyon, 10 août 1888, *Mon. jud. Lyon*, 1er juin 1889. — Paris, 20 déc. 1890, *Gaz. Pal.*, 91. 1. 342. — Paris, 14 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 2e p., 6. — Paris, 25 juill. 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 2e p., 22. — Paris, 9 août 1893, *Loi*, 22 janv. 1894. — Paris, 24 nov. 1894, D., 95. 2. 511. — Nancy, 15 fév. 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 538. — Trib. civ. Amiens, 31 déc. 1885, *Droit*, 29 sept. 1886. — Trib. com. Marseille, 28 fév. 1887, *Journ. de Marseille*. 87. 1. 134. — Trib. civ. Seine, 17 mai 1887, *Journ. de Marseille*, 88. 2. 63. — Trib. com. Marseille, 1er fév. 1888, *Journ. de Marseille*, 88. 1. 191. — Trib. com. Nantes, 2 nov. 1889, *Rec. Nantes*, 89. 1. 399. — Trib. com. Marseille, 4 fév. 1891, *Rec. de Marseille*, 91. 1. 96. — Trib. com. Nice, 30 oct. 1891, *Gaz. Trib.*, 10 déc. 1891. — Trib. com. Seine, 12 août 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 369. — Trib. com. Nantes, 27 oct. 1894, *Rec. Nantes*, 95. 1. 42. — Trib. com. Lyon, 21 janv. 1902, *Gaz. com. Lyon*, 12 avril 1902. — Trib. com. Menton, 4 nov. 1902, *Loi*, 12 nov. 1902. — Trib. com. Lyon, 16 fév. 1904, *Gaz. com. Lyon*, 16 juin 1904. — Trib. com. Bourg, 28 juin 1904, *Mon. jud. Lyon*, 28 sept. 1904. — Trib. com. Liège, 3 janv. 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 1. *Suppl.*, 50. — Trib. com. Termonde (Belgique), 19 oct. 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 545. — Pont, II, n. 81 ; Laurent XXVIII, n. 165 ; Orillard, *Comp. des trib. de comm.*, n. 231 ; Nouguier, *Des trib. de comm.*, II, p. 341 ; Demangeat sur Bravard, *Tr. de dr. comm.*, 2e édit., VI, p. 549 ; Alauzet, *Comment. du code de comm.*, 3e édit., n. 3021 ; Ponsot, n. 781 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. com.*, I, n. 182 : Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, v° *Caution*, n. 36 s. ; Vauthier, *Ann. dr. comm.*, IV, 1890, *Doctr.*, p. 173. — *Contra* Lyon, 26 juin et 10 juill. 1851, D., 53. 2. 157. — Trib. com. Marseille, 10 août 1887, *Rec. Marseille*, 87. 291 (le cautionnement d'effets de commerce est commercial).

(2) Trib. civ. Seine, 17 mai 1887, précité.

(3) Toulouse, 15 mars 1888, précité. — Paris, 24 nov. 1894 précité. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

Le cautionnement d'une dette commerciale, même s'il est donné par un commerçant et pour une dette commerciale, est réputé civil (1).

Peu importe également que le débiteur soit commerçant, et même, dans ce dernier cas, que le cautionnement soit solidaire (2) ; car les motifs que nous avons indiqués restent valables.

1198. On a dit que le cautionnement est commercial s'il est intéressé de la part de la caution (3). Cette proposition, dans sa formule générale, ne nous paraît pas exacte : car tout contrat intéressé n'est pas nécessairement commercial.

(1) Bourges, 9 juill. 1860, S., 61. 2. 141, D., 61. 5. 108. — Bordeaux, 9 fév. 1900, *Rec. Bordeaux*, 1900. 1. 226. — Lyon, 7 avril 1903, *Gaz. com. Lyon*. 13 fév. 1904. — Trib. com. Seine, 5 avril 1887, *Gaz. Pal.*, 87. 1, *Suppl.*, 111 (cautionnement solidaire de la femme au mari). — Trib. civ. Seine, 29 janv. et 5 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 1. 504. — Trib. com. Chambéry, 8 déc. 1893. *Loi*, 3 janv. 1894. — Trib. paix, Paris, 11 juil. 1901, *Gaz. Trib.*, 15 août 1901.— Trib. com. Bourg, 22 août 1904, *Droit*, 7 août 1904.— Trib. com. Bourg, 28 juin 1904, précité. — Trib. com. Bordeaux, 19 fév. 1903, *Mém. Bordeaux*, 1903. 1. 124. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.* — *Contra* Montpellier, 24 fév. 1900, *Mon. jud. Midi*, 12 août 1900. — Amiens, 27 juin 1903, *Le Droit*, 11 oct. 1903. — Trib. com. Lyon, 4 nov. 1902, *Gaz. com. Lyon*. 3 mars 1903. — En Belgique on reconnaît que le cautionnement donné par un commerçant est commercial par application de la loi du 15 déc. 1872 (art. 2), qui répute commerciales toutes obligations des commerçants, à moins qu'il ne soit prouvé qu'elles ont une cause étrangère au commerce. — Trib. civ. Termonde, 19 oct. 1895, *Gaz. Pal.*, 95. 2. 545. — Vauthier, *loc. cit.* — En tout cas e cautionnement y est réputé commercial si la caution a un intérêt dans l'opération cautionnée : Vauthier, *loc. cit.* — Par exemple si un commanditaire cautionne les engagements de la société dont il est bailleur de fonds. — Bruxelles, 23 juin 1888, *Pasicr.*, 88. 2. 246. — Vauthier, *loc. cit.*

(2) Cass., 16 mai 1866, S., 66. 1. 279, D., 66. 1. 289. — Trib. civ. Seine. 29 janv. et 5 mars 1889, précités. — Trib. com. Bourg, 28 juin 1904, précité. — Lyon, 7 avril 1903, *Gaz. com. Lyon*, 13 fév. 1904. — Laurent, XXVIII, n. 165 ; Guillouard, n. 16.

(3) Bourges, 13 février 1872, S., 73. 2. 88, D., 72. 2. 166. — Alger, 22 fév. 1888, *Gaz. Pal.*. 88. 1. 740, *Ann. dr. comm.*, 88. 1. 115. — Bordeaux, 30 mai 1904, *Rec. Bordeaux*, 1904. 1. 287. — Trib. comm. Marseille, 29 novembre 1886, *Rec. Marseille*, 87. 46. — Trib com. Nice, 30 octobre 1891, *Gaz. Trib.*, 10 décembre 1891. — Trib. comm. Le Havre, 13 juin 1892, *Rec. Le Havre*, 92. 1. 167. — Trib. paix Paris, 11 juil. 1901, précité. — Trib. com. Lyon, 16 mars 1901, *Gaz. com. Lyon*, 17 août 1901. — Pont, II, n. 81 ; Laurent, XXVIII, n. 166 ; Guillouard, n. 16.

Mais le cautionnement est commercial s'il a pour la caution un intérêt commercial (1).

Le cautionnement est notamment commercial si, les opérations étant commerciales, la caution y est intéressée (2).

Par exception le cautionnement donné par le moyen d'un aval d'une lettre de change a, en raison de sa forme, le caractère commercial (3), et on doit donner également cette solution pour l'aval d'un billet à ordre, si le souscripteur de ce billet est obligé commercialement (arg. C. com., art. 188) (4), et pour le billet à ordre émis en vue d'un cautionnement par un commerçant (C. com., 637) (5). Il en est de même du cautionnement donné au moyen d'un endos (6) ou de tout autre acte essentiellement commercial (7). Encore

(1) Cass. req., 5 janvier 1859, S., 60. 1. 993, D., 59. 1. 403. — Cass. req., 31 janvier 1872, S., 72. 1. 106, D., 72. 1. 252. — Cass. req., 27 juin 1888, S., 88. 1. 462, D., 89. 1. 115. — Rennes, 21 novembre 1887, *Rec. Nantes*, 88. 390. — Trib. comm. Nantes, 6 juin 1888, *Rec. Nantes*, 88. 220. — Trib. com. Nantes, 27 octobre 1888, *Rec. Nantes*, 88. 365. — Trib. com. Nantes, 25 mai 1898, *Rec. Nantes*, 99. 1. 23. — Trib. comm. Liège, 3 janvier 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 1. *Suppl.*, 50. — Boistel, *Précis de dr. comm.*, n. 50 ; Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.* — Comp. Lyon, 24 déc. 1902, *Mon. jud. Lyon*, 2 juin 1903.

(2) Cass. req., 31 janvier 1872, S., 72. 1. 106, D., 72. 1. 253. — Cass., 13 août 1872, S., 73. 1. 56. — Cass. req., 27 juin 1888, précité. — Bourges. 13 fév. 1872, S., 73 .2. 88. — Grenoble, 11 fév. 1887, *Rec. Grenoble*, 87. 78. — Bordeaux, 30 mai 1904, S., 1905. 2. 64. — Trib. com. Marseille, 10 déc. 1900, *Rec. Marseille*, 1901. 1. 72 (cautionnement pour des constructions faites par le débiteur sur le terrain de la caution). — Trib. civ. Bourgoin, 10 juin 1903, *Gaz. com. Lyon*, 21 juin 1903 (cautionnement par le principal actionnaire d'une société à l'ouverture de crédit consentie à cette société). — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.* — Cpr. Trib. com. Nantes, 2 nov. 1889, *Rec. Nantes*, 89. 1. 399 (si l'acte intéresse le commerce de la caution). — *Contra* Paris, 9 juill. 1887, *Journ. des soc.*, 89. 411 (cautionnement d'une dette sociale par les membres du conseil d'administration).

(3) Toulouse, 23 fév. 1889, *Gaz. Trib. Midi*, 28 fév. 1889. — Trib. com. Marseille, 18 août 1887, *Rec. Marseille*, 87. 291. — Trib. com. Marseille, 4 fév. 1891, *Rec. Marseille*, 91. 1. 96. — Trib. com. Marseille, 25 janv. 1899, *Rec. Marseille*, 99. 1. 163. — Trib. com. Marseille, 10 déc. 1900, *Rec. Marseille*, 1901. 1. 72. — Trib. com. Lyon, 16 mars 1901, précité. — Trib. com. Lyon, 12 mai 1903, *Gaz. com. Lyon*, 1er oct. 1903. — Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.* ; Guillouard, n. 16. — *Contra* Trib. com. Seine, 22 avril 1892, *Loi*, 19 mai 1892. — Trib. com. Annecy, 25 janv. 1884, *Loi*, 19 avril 1884.

(4) Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

(5) Trib. com. Lyon, 16 sept. 1904, *Gaz. com. Lyon*, 19 nov. 1904.

(6) Cass. req., 27 juin 1888, S., 88. 1. 432.

(7) Chambéry, 6 juin 1865, S., 66. 2. 32. — Toulouse, 23 janv. 1838, S., 68 2. 36

faut-il que l'aval ou l'endos soient donnés sur un véritable effet de commerce [1].

Mais le cautionnement donné autrement que sous forme d'aval n'est pas commercial même si la dette principale résulte d'une lettre de change [2].

[1] Toulouse, 23 fév. 1889, précité. — Trib. com. Marseille, 4 fév. 1891, précité.
[2] Aix, 6 mars 1901, *Rec. Marseille*, 1901. 1. 175.— *Contra* Trib. com. Marseille, 27 juil. 1900, *Rec. Marseille*, 1900. 1. 350.

DE LA TRANSACTION

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION ET CARACTÈRES DE LA TRANSACTION. — ACTES QUI CONSTITUENT DES TRANSACTIONS

SECTION PREMIÈRE

DÉFINITION DE LA TRANSACTION

1199. Dans un sens large le mot *transaction* se prend comme synonyme de *convention*. (Cpr. C. co., art. 72 et 631). Dans le titre dont nous abordons l'étude et dans le langage du législateur en général, le mot *transaction* a un sens beaucoup plus restreint et tout à fait spécial : il désigne une convention d'une nature particulière, qui est faite en vue d'éteindre ou de prévenir un procès.

Le Code, dans le titre de la transaction, n'a pas eu son guide ordinaire. Pothier, en effet, ne s'est pas occupé de la transaction; c'est donc à Domat que les rédacteurs de ce titre ont eu receurs.

1200. « *La transaction est un contrat par lequel les par-* « *ties terminent une contestation née, ou préviennent une* « *contestation à naître* » (art. 2044 al. 1).

Il résulte très nettement de cette définition, empruntée presque textuellement à Domat (1) et à Pothier (2), que la transaction suppose nécessairement l'existence d'un droit douteux, c'est-à-dire d'un droit contesté ou susceptible de l'être (3). En l'absence de cette condition, le contrat ne

(1) Liv. I, tit. XIII, sect. I, n. 1.

(2) *Ad Pand.*, Tit. *de transact.*, n. 2.

(3) L. 1, D., *De trans.*, 2. 15. — Domat, liv. I, tit. XIII, sect. I, n. 1. — Exposé des motifs de Bigot-Préameneu, Fenet, XV, p. 103 ; Duranton, XVIII,

sera pas nul (1) : cela résulte des principes et de l'article 2056, lequel valide la transaction passée sur une contestation tranchée par un procès dont les parties avaient connaissance ; il pourra constituer un autre contrat, déguisé sous la forme d'une transaction; mais ce ne sera pas une transaction, et par suite les règles particulières à ce contrat ne seront pas applicables.

Ainsi la donation déguisée sous forme de transaction n'est pas nulle (2), à moins qu'elle ne soit faite par un incapable (3). Car tels sont les principes admis par la jurisprudence en matière de donations déguisées.

Il en est de même de la vente sous forme de transaction.

1201. Il résulte de l'article 2044 que la loi n'exige pas l'existence d'une contestation pour valider la transaction; la possibilité d'une contestation suffit. Cette solution était rejetée en droit romain, mais elle est admise dans les législations étrangères (4).

Le doute peut porter :

Soit sur l'existence d'un droit (5) ;

Soit sur sa naissance (6), par exemple sur l'arrivée d'une condition (7) ;

Soit sur son étendue (8).

1202. Il suffit d'ailleurs, pour la validité de la transaction, que le droit soit douteux dans la pensée des parties qui transigent, alors même qu'il ne présenterait pas ce caractère aux yeux d'un homme désintéressé et compétent (9). En d'autres termes, la question de savoir si le droit

n. 535 s. ; Pont, *Tr. des petits contrats*, II, n. 569 ; Aubry et Rau, IV, p. 656, § 418, note 2 ; Laurent, XXVIII, n. 324; Guillouard, *Tr. de la transaction*, n. 11 et 60 ; Regelsberger, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Vergleich*.

(1) Marbeau, *De la transac.*, n. 138 s. ; Troplong, *Tr. de la transaction*. n. 22 ; Guillouard, n. 11 et 14.

(2) Demolombe, XX. n. 99 s. ; Aubry et Rau, VII, p. 84, § 659, notes 24 s. ; Guillouard, n. 14.

(3) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Pont II, n. 481 ; Guillouard, n. 14.

(4) Allemagne, *Droit commun*, Regelsberger, *loc. cit.* — C. civ. 779.

(5) Regelsberger, *loc. cit.*

(6) Regelsberger, *loc. cit.*

(7) Regelsberger, *loc. cit.*

(8) Regelsberger, *loc. cit.*

(9) Duranton, XVIII, n. 395 s. ; Troplong, n. 6 ; Accarias, *De la trans.*,

qui a fait l'objet de la transaction est ou non douteux ou litigieux, doit être appréciée d'une manière toute subjective : le juge chargé de la résoudre ne devra pas se demander si le droit est douteux pour lui, pour un jurisconsulte, pour tout le monde, mais s'il l'était pour les parties au moment où elles ont transigé. C'était la solution admise en droit romain. Elle est conforme à l'esprit de notre loi, qui a voulu faire de la transaction un instrument de paix, et qui doit par conséquent en autoriser l'emploi même pour dissiper l'éventualité d'une contestation, et elle n'est pas contraire au texte, qui nous représente la transaction comme prévenant une contestation née ou à naître, sans distinguer si elle est ou non fondée. Du reste, à supposer que le droit ne soit pas contestable, les parties n'ont commis qu'une erreur de droit et, d'après l'article 2052, l'erreur de droit n'est pas une cause de rescision de la transaction. Enfin, elles ont pu vouloir, tout en croyant à leur droit, écarter un procès par crainte d'attirer l'attention ou de causer un scandale.

Ainsi la transaction sur l'action en rescision d'une vente pour cause de lésion est valable quoique la rescision ne fût pas à craindre (1).

De même la transaction sur les termes d'un testament est valable alors même que la simple lecture du testament éclaircit la difficulté, pourvu que les parties aient été sincères (2).

Si au contraire les parties ont cru à l'existence présente d'une contestation qui ne s'est pas produite en fait, la transaction est nulle pour défaut d'objet (3).

Il y a également nullité, pour cause d'erreur sur la substance, si l'une des parties a, *par suite d'une erreur de fait*, cru que le droit était contestable (4).

n. 74 ; Laurent, XXVIII, n. 325 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 277 *bis*, III ; Guillouard, n. 12 et 135 ; Regelsberger, *loc. cit.* — *Contra* Pont, II, n. 570.

(1) Larombière, art. 1131, n. 11.

(2) Le droit commun allemand était contraire. Regelsberger, *loc. cit.* — V. dans le même sens, *Code gén. prus.*, I, 16, §§ 409 et 402 et Dernburg, *Preuss. Privatrecht*, I, §§ 82 et 83 ; Fœrster, *Ibid.*, § 403.

(3) Guillouard, n. 12.

(4) Cass. civ., 21 mars 1895, D., 97. 1. 175 (brasseur qui, après avoir transigé

1203. La transaction doit être distinguée du compromis, lequel lui ressemble en ce qu'il a pour but de terminer un procès tout en évitant le jugement, mais qui en diffère en ce que les sacrifices à faire sont déterminés par des arbitres que les parties ont préalablement choisis.

Les règles du compromis sont déterminées au Code de procédure.

1204. La transaction doit-elle être distinguée du serment litisdécisoire ? On admet généralement que le serment est une variété de la transaction, mais c'est un point étranger à notre sujet.

Nous allons distinguer également la transaction de la ratification, de l'acquiescement et du désistement.

1205. Un autre élément est nécessaire à l'existence de la transaction, et son absence dans la définition légale constitue une lacune grave signalée par tous les auteurs : il faut que les parties se fassent des *concessions* ou *sacrifices* réciproques (1). Autrement on ne pourrait plus distinguer la transaction de l'*acquiescement*, deux choses que le Code civil ne confond pas cependant, ainsi que le prouve le rapprochement des articles 464 et 467, ni du *désistement*, auquel le législateur n'aurait pas sans doute consacré un titre spécial dans le Code de procédure civile (art. 402 et 403) s'il n'y avait vu qu'un cas particulier de la transaction, ni enfin de la *confirmation expresse*, dont la réglementation spéciale en ce qui concerne les formes auxquelles elle est soumise (art. 1338) prouve bien que le législateur y a vu autre chose qu'une transaction. L'absence de ce caractère permettrait aussi de confondre la transaction avec la simple renonciation et la remise de la dette. L'erreur du Code vient de ce que Domat, confondant la transaction avec le désistement, n'exigeait pas les sacrifices réciproques (2);

avec l'administration des contributions indirectes sur une contravention constatée par un densimètre, s'aperçoit ensuite que ce densimètre est défectueux).

(1) Cass. req., 17 avril 1894, S., 96. 1. 459. — Argou, II, p. 457, liv. IV, ch. X ; Troplong, n. 4 ; Aubry et Rau, IV, p. 656, § 418, note 1 ; Laurent, XXVIII, n. 303 ; Guillouard, n. 6 et 10 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 277 *bis*, I ; Regelsberger, *loc. cit.*; Planiol, II, n. 2285. — *Contra* Marbeau, n. 13.

(2) Liv. I, tit. XIII, sect. 1, n. 2. — V. aussi Exposé des motifs de Bigot-Préameneu, Fenet, XV, p. 103.

mais le droit romain s'exprimait en sens différent (1).

Il y a acquiescement si une partie reconnaît les droits d'une autre (2) (tel est notamment le payement par l'acquéreur, en cas de lésion du vendeur, d'un juste prix) (3), désistement si elle renonce à une instance (4), renonciation si elle renonce à un droit, ratification si elle confirme un acte qu'elle avait accompli en dehors des conditions de capacité ou de consentement nécessaires (5).

D'ailleurs il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait transaction, que les concessions des deux parties soient d'égale importance (6).

En somme, on peut définir ainsi la transaction : la transaction est un contrat par lequel les parties tranchent, à l'aide de sacrifices réciproques, une question qui leur paraît litigieuse.

C'est la définition donnée par plusieurs codes étrangers (7).

SECTION II

CARACTÈRES DE LA TRANSACTION

1206. La transaction est un contrat consensuel, synallagmatique, à titre onéreux, déclaratif et indivisible.

a. — Nous disons d'abord que la transaction est un contrat consensuel. Par conséquent aucune forme particulière n'est requise pour son existence ou sa validité. L'article 2044 alinéa 2 n'infirme en rien cette proposition, comme nous le verrons plus loin (8).

b. — Le caractère synallagmatique de la transaction résulte de la réciprocité des concessions que se font les parties (9) :

(1) L. 38, C. *De trans.*, 2. 4.

(2) Accarias, n. 75 ; Pont, II, n. 476 ; Guillouard, n. 27.

(3) Troplong, n. 24 ; Guillouard, n. 28.

(4) Mêmes auteurs.

(5) Merlin, *Rép.*, v° *Trans.*, § 5 ; Troplong, n. 23 ; Pont, II, n. 475 ; Guillouard, n. 28.

(6) Pont, II, n. 473 ; Aubry et Rau, IV, p. 657, § 418, note 8 ; Guillouard, n. 10.

(7) *Espagne*, C. civ., 1809. — *Italie*, C. civ., 1764. — *Allemagne*, C. civ., 779. — *Portugal*, C. civ., 1710.

(8) V. *infra*, n. 1219.

(9) Cass., 3 janv. 1883, S., 83. 1. 349, D., 83. 1. 457. — Guillouard, n. 7.

chacune s'oblige soit à donner, soit à faire, soit à ne pas faire quelque chose (cpr. art. 1102).

Il en est ainsi même si l'une des parties contracte une obligation de ne pas faire (1).

Le contrat étant synallagmatique, nous en concluons que l'acte sous seing privé, qui serait dressé pour le constater, devrait satisfaire aux prescriptions de l'article 1325 en ce qui concerne la formalité du double écrit (2) et que la condition résolutoire de l'article 1184 y serait sous-entendue (3).

c. — La transaction est un contrat à titre onéreux, puisque chaque partie fait un sacrifice (art. 1106). Suivant la nature des sacrifices, le contrat sera commutatif ou aléatoire. Ainsi je suis en procès avec vous ; nous faisons une transaction, aux termes de laquelle j'abandonne ma prétention moyennant une rente viagère que vous vous obligez à me servir : le contrat est aléatoire (4). Il serait commutatif, au contraire, si vous vous obligiez à me payer un capital (5).

Certains auteurs, dont l'opinion est abandonnée, veulent que la transaction soit, en tout cas, à la fois commutative et aléatoire (6) parce que chacune des parties considère le sacrifice qu'elle fait comme l'équivalent de la prestation qu'elle obtient et que cet équivalent est la chance de gagner ou de perdre un procès.

d. — Ajoutons que la transaction est *déclarative* et non *translative* (7).

e. — Elle est, comme nous le montrerons en étudiant la nullité de la transaction, indivisible (8).

f. — Enfin la loi paraît attribuer à la transaction, jusqu'à un certain point, les caractères d'un jugement.

Mais comme nous le montrerons, cela est inexact (9).

(1) Guillouard, n. 7.
(2) V. *infra*, n. 1225.
(3) V. *infra*, n. 1297.
(4) Accarias, n. 82 ; Pont, II, n. 462; Guillouard, n. 9.
(5) Mêmes auteurs.
(6) Marbeau, n. 9.
(7) V. *infra*, n. 1302 s.
(8) V. *infra*, n. 1280 s.
(9) V. *infra*, n. 1290 s.

SECTION III

ACTES QUI CONSTITUENT DES TRANSACTIONS. DIVERSES SORTES DE TRANSACTIONS

1207. Le partage de biens indivis n'est pas, par lui-même, une transaction (1).

Mais le partage est souvent fait sous forme de transaction : il donne alors lieu à des difficultés spéciales que nous avons étudiées dns notre *Traité des successions* (2).

La quittance d'une indemnité à raison d'un accident avec engagement de ne pas adresser d'autre réclamation est une transaction (3).

L'acte par lequel il est convenu entre des héritiers et un tiers, que ce dernier, légataire présumé, aura droit à une somme déterminée, en échange de laquelle il abandonne éventuellement les droits que pourrait lui assurer le testament non découvert encore, est aussi une transaction (4).

La remise à un tiers, par deux parties contestantes, d'un acte revêtu de leur seule signature et sur lequel le tiers inscrira une transaction est un mandat si la convention est conclue d'avance, et l'acte, une fois rédigé, constituera une transaction (5). Cette remise constitue un compromis si le tiers doit rédiger comme il l'entend la convention (6).

Dans les deux cas l'acte est incontestablement valable, quoique sa validité ait été discutée dans le second (7). Mais si le tiers peut rédiger la convention comme il l'entend, il

(1) Regelsberger, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Vergleich*.

(2) III, n. 3474 s., 3e édit.

(3) Paris, 12 janv. 1893, *Gaz. trib.*, 23 avril 1893. — Trib. com. Seine, 3 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 680. — V. *infra*, n. 1287.

(4) Décidé qu'il est un contrat aléatoire. Trib. civ. Lyon, 4 mars 1891, *Mon. jud. Lyon*, 22 avril 1891. — En tout cas il est valable. Même jugement.

(5) Cass., 29 déc. 1862, S., 63. 1. 81, D., 63. 1. 164. — Guillouard, n. 29.

(6) Cass., 29 déc. 1862, précité. — Guillouard, n. 29.

(7) Cass., 29 déc. 1862, précité.— Rennes 28 avril 1818, S. chr.— Guillouard, *loc. cit.* — Un arrêt de règlement du parlement d'Aix, 26 fév. 1647, n'avait pas admis cette validité ; il abrogeait un autre arrêt contraire du 4 mai 1613, et la doctrine de ce dernier arrêt est approuvée par Denisart, v° *Blanc-seing*, n. 2.

faut observer les conditions de validité prescrites pour le compromis [1].

1207 *bis*. Il n'est pas difficile de distinguer la transaction de la donation; il y a transaction dès que chacune des parties fait des concessions [2].

1208. La transaction peut être mêlée à un autre contrat, par exemple à un compromis [3] ou à un désistement [4].

Dans ce cas chaque contrat produit des effets distincts [5], à moins que, dans la pensée des parties, les deux conventions ne soient indivisibles ; dans ce dernier cas la nullité de l'un des contrats entraîne la nullité de l'autre [6].

1209. La transaction peut intervenir en dehors de toute instance ou dans le cours d'une instance ; elle est extrajudiciaire dans le premier cas et judiciaire dans le second. Il n'y a aucun intérêt à faire cette distinction puisque, dans les deux cas, la transaction est un contrat, produisant toujours les mêmes effets.

Toutefois la transaction produit des effets spéciaux quand elle prend la forme d'un jugement d'expédient.

1210. Le jugement d'expédient, qu'on appelle plus rarement *placité*, est un jugement qui, au lieu de trancher une contestation de la manière jugée légale par les juges, la tranche de la manière dictée aux juges par les parties ; c'est donc un jugement qui enregistre une transaction amiable.

1211. La transaction faite au cours d'une tentative en conciliation devant le juge de paix, et dont ce dernier rédige procès-verbal, est une transaction aimable et non pas un jugement d'expédient [7]; car l'article 54 du Code de procédure porte que ce procès-verbal a force d'obligation privée.

Elle n'est donc pas un titre exécutoire [8] et n'emporte pas hypothèque judiciaire [9].

(1) Cass., 29 déc. 1862, précité. — Guillouard, *loc. cit.*
(2) Cass. req., 24 déc. 1900, S., 1904. 1. 127.
(3) Cass., 4 avril 1855, S., 57. 1. 100, D., 55. 1. 400. — Guillouard, n. 31.
(4) Cass., 11 mai 1853, S., 53. 1. 574, D., 53. 1. 158. — Guillouard, n. 31.
(5) Pont, II, n. 482 ; Guillouard, n. 31.
(6) Guillouard, n. 31.
(7-8) Aubry et Rau, IV, p. 659, § 419, note 5 ; Guillouard, n. 23.
(9) Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

Mais comme elle est authentique, elle est valable à la seule condition de la signature du juge et du greffier, sans que la signature des parties soit également nécessaire (1).

On décide que la transaction rédigée par le juge de paix est authentique même alors qu'elle a lieu non pas dans le cours d'une tentative de conciliation, mais dans le cours d'une instance et a pour objet un point étranger à la compétence du juge de paix (2). Même dans ce cas, dit-on, le juge de paix garde sa qualité de magistrat conciliateur.

1212. On rencontrait fréquemment dans l'ancien droit la transaction judiciaire, par laquelle le juge embarrassé de décider attribuait à chacun des plaideurs une fraction des droits litigieux (3) ; une décision de ce genre violerait aujourd'hui la loi.

1213. La transaction rédigée par le greffier d'un tribunal civil à la suite de la comparution des parties devant le tribunal n'est pas authentique ; elle exige la signature des parties et n'a alors que la valeur d'un acte sous seing privé (4).

1214. Le juge du fait détermine souverainement si les parties ont entendu faire une transaction ou tout autre contrat, et doit appliquer les règles des contrats dont il reconnaît l'existence (5).

(1) Cass., 5 mars 1855, S., 55. 1. 731, D., 55. 1. 99. — Poitiers, 7 août 1831, S., 62. 2. 557, D., 62. 2. 56. — Pont, II, n. 495 ; Laurent, XXVIII, n. 372 ; Guillouard, n. 91.

(2) Bordeaux, 5 fév. 1830, S. chr. — Bordeaux, 6 juil. 1858, S., 59. 2. 254.— Douai, 10 nov. 1890, D., 91. 2. 133. — Pont, II, n. 494 ; Laurent, XXVIII, n. 372 ; Guillouard, n. 91. — *Contra* Limoges, 28 juil. 1877, S., 78. 2. 102, D , 79. 2. 140.

(3) Gayot de Pitaval (*Causes célèbres*, IV, éd. 1750, p. 72) cite un arrêt des requêtes du 6 sept. 1726 qui, sur une action en nullité dirigée contre un legs pour cause de concubinage, réduit le legs de moitié à raison des doutes qui existaient sur la réalité du concubinage.

(4) Liège, 29 août 1814. D. *Rép.*, v° *Trans.*, n. 38. — Pont, II, n. 496 ; Laurent, XXVIII, n. 373 ; Guillouard, n. 91.

(5) Cass., 7 juill. 1812, S. chr. — Cass., 6 mai 1840, S., 40. 1. 649. — Cass., 18 juin 1844, S., 44. 1. 686. — Cass., 4 mai 1846, S., 46. 1. 465, D., 46. 1. 129. — Cass., 10 fév. 1857, D., 57. 1. 254. — Cass., 13 août 1862, D., 62. 1. 456. — Cass., 20 juill. 1870, D., 70. 1. 133. — Cass., 24 déc. 1872, S., 72. 1. 417. — Cass., 9 déc. 1874, S., 75. 1. 249, D. 75. 1. 132. — Cass., 9 déc. 1879, S., 80. 1. 107, D., 80. 1. 325. — Cass., 26 avril 1880, S., 81. 1. 152. — Cass., 11 nov. 1834, D., 85. 1. 116. — Cass. req., 17 avril 1894, S., 96. 1. 459. — Cass. civ.,

Mais les juges ne peuvent tirer des faits constatés des conséquences légales erronées (1).

1215. La preuve du caractère de l'acte peut résulter, entre les parties, d'une contre-lettre. Ainsi la constitution d'une pension alimentaire est, non pas une donation, mais une transaction non rescindable pour erreur de droit, s'il résulte d'une contre-lettre que la pension a été constituée moyennant l'abandon de prétentions héréditaires (2).

CHAPITRE II

CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITÉ DE LA TRANSACTION

1216. La transaction, en sa qualité de contrat, est, en principe, soumise aux mêmes conditions d'existence et de validité que tout autre contrat (3) ; cela résulte, au surplus, des travaux préparatoires (4). Toutefois, comme nous allons le voir, il s'est produit, sur diverses questions, de grandes difficultés.

SECTION PREMIÈRE

FORME ET PREUVE DE LA TRANSACTION.

§ I. *Forme de la transaction.*

1217. Comme nous le montrerons à propos de la preuve, la transaction peut être écrite ou verbale (5).

La transaction, si elle est écrite, peut évidemment être

2 juill. 1895, S., 95. 1. 311, D., 95. 1. 511. — Cass. req., 9 nov. 1903, S., 1904. 1. 87. — Paris, 24 nov. an XIII, S. chr. — Angers, 15 juill. 1861, D., 61. 2. 130. — Troplong, n. 115 et 116 ; Accarias, n. 150 ; Pont, II, n. 483 et 484 ; Laurent, XXVIII, n. 329 ; Guillouard, n. 31 *bis* et 32.

(1) Cass., 15 fév. 1815, S. chr.—Cass., 26 juill. 1823, S. chr.—Cass., 21 janv. 1835, S., 35. 1. 105. — Cass., 6 juill. 1836, S., 36. 1. 926. — Cass., 27 fév. 1839. S., 39. 1. 161. — Cass., 11 nov. 1884 précité. — Pont, II, n. 486 ; Guillouard. n. 32 et auteurs précités.

(2) Cass. civ., 25 oct. 1892, S., 93. 1. 505, D., 93. 1. 17.

(3) Guillouard, n. 33.

(4) Rapport d'Albisson au Tribunat, Fenet, XV, p. 115.

(5) V. *infra*, n. 1219.

faite par acte sous seing privé aussi bien que par acte authentique [1].

Elle peut être faite par correspondance [2]. On n'a pu soutenir le contraire qu'en niant d'une manière absolue la validité du contrat par correspondance.

La transaction se distinguant de la ratification, les artibles 1338 et 1339 ne lui sont pas applicables [3].

Mais elle doit, ainsi que nous le dirons, être rédigée en double si elle est faite par acte sous seing privé [4].

1218. Nous examinerons plus loin si la transaction portant sur des droits mobiliers est soumise à la transcription [5].

§ II. *Preuve de la transaction.*

1219. « *Ce contrat* », dit l'article 2044 alinéa 2, « *doit être rédigé par écrit* ». Le législateur s'est proposé pour but unique, en édictant cette disposition, d'interdire la preuve de la transaction par témoins, même en matière n'excédant pas 150 francs, contrairement au droit commun (art. 1341), mais nullement d'ériger la transaction en un contrat solennel, dans lequel l'écriture serait requise comme une formalité substantielle. En d'autres termes, l'écriture est exigée ici seulement *ad probationem,* mais non *ad solemnitatem* [6]. Nous n'en voulons pas d'autre preuve que la comparaison de notre texte avec l'article 1341. On lit dans ce dernier : « Il doit être passé acte... de toutes choses excédant la « somme ou valeur de 150 francs... » Il ne résulte pas de là que les conventions, auxquelles s'attache un intérêt supé-

(1) Guillouard, n. 90.

(2) Guillouard, n. 90. — *Contra* Laurent, XXVIII, n. 369.

(3) Merlin, *Rép.* v° *Transaction*, § 5 ; Troplong, n. 23 ; Pont, II, n. 475 ; Guillouard, n. 28.

(4) V. *infra*, n. 1225.

(5) V. *infra*, n. 1305 et 1309.

(6) Bruxelles, 1er déc. 1810, S. chr. — Trib. simple pol. Dunkerque, 2 mai 1887, *Mon. juges de paix*, 87. 273.—Merlin, *Quest.*, v° *Trans.*, § 8, n. 1 ; Duranton, XVIII, n. 406 ; Marbeau, n. 203 ; Troplong, n. 27 ; Accarias, n. 78; Pont, II, n. 463, 487 et 502 ; Aubry et Rau, IV, p. 660, § 420, note 6 ; Laurent, XXVIII, n. 367 ; Guillouard, n. 81. — *Contra* Caen, 12 avril 1845 (motifs), S., 46. 2. 168, D., 45. 2. 108.

rieur à 150 francs, deviennent des contrats solennels, dans lesquels l'écriture serait exigée. La disposition signifie seulement, de l'avis de tous, que la preuve testimoniale est interdite, toutes les fois que la convention représente un intérêt supérieur à 150 francs. C'est dans le même sens que l'article 1838 porte que « toutes sociétés doivent être rédigées par écrit » et que l'article 1923 dispose que « le dépôt volontaire doit être prouvé par écrit ».

L'article 2044 alinéa 2, qui est conçu dans les mêmes termes, ne doit pas avoir une autre portée; il signifie donc seulement, nous le répétons, que la preuve par témoins, et par suite les présomptions (arg. art. 1353), ne pourront pas être admis pour établir l'existence d'une transaction, même en matière n'excédant pas 150 francs (1). Ce n'est pas sans doute que la loi, ici plus qu'ailleurs, se défie de la véracité des témoins ; mais elle se défie avec raison de leur mémoire, et peut-être aussi de leur intelligence. Les transactions contiennent souvent des clauses nombreuses et compliquées, même quand il s'agit d'un intérêt minime. Combien de fois ne serait-il pas arrivé que les témoignages auraient fourni les éléments d'une convention différente de celles que les parties ont voulu faire, les témoins ayant oublié une partie du contenu de la transaction et ayant compris le reste de travers ? Le législateur a sans doute pensé que le seul moyen d'éviter de semblables mécomptes était d'interdire complètement la preuve orale (2). D'autre part, on a craint de faire naître les procès que la transaction a eu pour but d'éviter (3). La transaction pourra donc être prouvée par les autres modes de preuve du droit commun.

1220. Ainsi la transaction peut être prouvée par l'aveu (4).

(1) Duranton, XVIII, n. 406; Massé et Vergé, V, p. 85, note 6; Pont, II, n. 501; Laurent, XXVIII, n. 375 ; Guillouard, n. 84.

(2) Troplong, n. 27 ; Pont, II, n. 499 ; Laurent, XXVIII, n. 374; Guillouard, n. 83.

(3) Rapport d'Albisson au Tribunat, Fenet, XV, p. 115 ; auteurs précités.

(4) Bruxelles, 1er déc. 1810, S. chr. — Trib. civ. Annecy, 8 mars 1888, *Pand. franç.*, 83.2.284. — Duranton, XVIII, n. 406; Marbeau, n. 203; Accarias, n. 81; Troplong, n. 27; Pont, II, n. 505 ; Aubry et Rau, IV, p. 660, § 420, notes 6 et 7 Laurent, XXVIII, n. 378 ; Guillouard, n. 87.

Pour provoquer l'aveu de son adversaire, celle des parties qui veut prouver la transaction peut avoir recours à l'interrogatoire sur faits et articles (1), ainsi que nous l'avons également décidé en matière de bail ; car si l'aveu est autorisé, il faut aussi permettre l'emploi de la procédure dont la seule destination est de le provoquer. Du reste, l'article 324 du Code de procédure civile autorise l'interrogatoire sur faits et articles « en toutes matières ».

1221. La transaction peut encore être prouvée par le serment décisoire (2) ; l'article 1358 autorise ce mode de preuve dans tous les contrats. On objecte qu'il suppose un procès et que la loi interdit les procès en matière de transaction. Elle ne les interdit pas et ne saurait les interdire d'une manière absolue. Du reste, l'article 1715, qui interdit en matière de bail la preuve testimoniale, autorise expressément la preuve par le serment.

1222. On s'accorde à reconnaître que la transaction pourrait être prouvée par témoins, même au-dessus de 150 francs, dans l'hypothèse prévue par l'article 1348-4°, c'est-à-dire lorsque le titre qui constatait la transaction a été perdu par suite d'un cas fortuit imprévu et résultant d'une force majeure (3). Il serait singulier que la loi exigeât des parties une production impossible.

Mais c'est une question beaucoup plus délicate que celle de savoir si la transaction pourrait être prouvée par témoins, quand il existe un commencement de preuve par écrit, conformément à l'article 1347. La négative triomphe dans la doctrine. Jusqu'en 1864, la jurisprudence semblait partagée en deux camps à peu près égaux, lorsqu'à cette époque la cour

(1) Bruxelles, 1er déc. 1810, S. chr. — Duranton, XVIII, n. 406 ; Marbeau, n. 203 ; Accarias, n. 84 ; Pont, II, n. 506 ; Aubry et Rau, IV, p. 661, § 420, note 7 ; Laurent, XXVIII, n. 378 ; Guillouard, n. 89. — *Contra* Troplong, n. 378.

(2) Bruxelles, 1er déc. 1810, S. chr. — Nancy, 29 juil. 1837, S., 39. 2. 140. — Limoges, 6 fév. 1845, S., 45. 2. 653, D., 46. 4. 458. — Trib. civ. Annecy, 8 mars 1868, *Pand. franç.*, 88. 2. 284. — Duranton, XVIII, n. 406 ; Marbeau, n. 203 ; Accarias, n. 85 ; Pont, II, n. 507 ; Aubry et Rau, IV, p. 660, § 420, note 7 ; Laurent, XXVIII, n. 379 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 278 *bis*, I ; Guillouard, n. 88.

(3) Cass., 17 mars 1825, S. chr. — Accarias, n. 84 ; Pont, II, n. 503 ; Aubry et Rau, IV, p. 661, § 420 ; Laurent, XXVIII, n. 377 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 278 *bis* ; Guillouard, n. 85.

de cassation, à laquelle la question était soumise pour la première fois, est venue faire pencher la balance dans le sens opposé à celui de la doctrine ; depuis lors, la question s'est présentée plusieurs fois encore devant la cour suprême, qui ne s'est pas déjugée [1]. Les motifs que la cour invoque nous paraissent péremptoires : « Attendu qu'aux termes de l'article 2044 du Code civil la transaction doit être rédigée par écrit; que cette disposition déroge à l'article 1341 du même code, en ce qu'elle exige qu'il soit passé acte de la transaction lors même que l'intérêt du contrat n'excède pas la valeur de 150 francs ; mais qu'elle n'apporte aucune modification à l'article 1347, qui, statuant en vue des contrats en général, autorise la preuve testimoniale, quelle que soit l'importance de la convention, lorsque cette preuve peut s'étayer d'un commencement de preuve par écrit ; que, pour soustraire la transaction à l'application de cette règle générale qui s'étend à tous les contrats, il faudrait une disposition expresse qui n'existe pas... » Ajoutons que l'article 2085 est rédigé exactement dans les mêmes termes que l'article 2044 alinéa 2 : « l'antichrèse », dit-il, « ne s'établit que par écrit » ; or il est généralement admis que ce texte ne fait pas obstacle à ce que l'antichrèse soit prouvée par témoins, lorsqu'il existe

[1] Cass., 28 nov. 1864, S., 65. 1. 5, D., 65. 1. 105. — Cass., 27 déc. 1877, S., 78. 1. 252, D., 78. 1. 160. — Cass., 8 janv. 1879, S., 79. 1. 216, D., 79. 1. 128. — Cass., 19 oct. 1885, S., 86. 1. 128, D., 86. 1. 416 (impl.). — Lyon, 8 mai 1879, S., 81. 2. 118, D., 81. 2. 26. — Bourges, 17 fév. 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. 625. — Bordeaux, 11 juil. 1898, S., 99. 2. 206. — Bordeaux, 8 mai 1899, *Rec. Bordeaux*, 99. 1. 293. — Bordeaux, 9 mai 1904, *Rec. Bordeaux*, 1904. 1. 239. — Trib. civ. Annecy, 8 mars 1888, *Pand. franç.*, 88. 2. 284. — Trib. civ. Cosne, 15 juin 1895 (motifs), *Ann. dr. com.*, IX, 1895, p. 68. — Merlin, *Quest.*, v° *Trans.*, § 8, n. 1 ; Pont, II, n. 502 et *Rev. crit.*, 1864, p. 484 et 1865, p. 201. — *Contra* Caen, 12 avril 1845, S., 46. 2. 168, D., 45. 2. 108. — Pau, 1er août 1860, S., 61. 2. 339, D., 61. 2. 55. — Nancy, 5 déc. 1867, S., 68. 2. 3, D., 68. 2. 45. — Metz, 30 nov. 1869, S., 70. 2. 55, D., 69. 2. 230. — Paris, 30 nov. 1876, S., 77. 2. 68, D., 78. 2. 64. — Limoges, 28 juil. 1877 (motifs), S., 78. 2. 102, D., 79. 2. 140. — Trib. com. Anvers, 27 janv. 1894, S., 95. 4. 24. — Troplong, n. 30 ; Massé et Vergé, V, p. 85 ; Moreau, *Note*, S., 65. 1. 5 ; Latreille, *Rev. crit.*, 1865, p. 198 ; Bonnier, *Tr. des preuves*, n. 138 ; Larombière, art. 1347, n. 41 ; Accarias, n. 84 ; Demolombe, XXX, n. 109 ; Aubry et Rau, IV, p. 666, § 420, note 8 ; Laurent, XXVIII, n. 376 ; Guillouard, n. 86 et *Rev. crit.*, VIII, 1899, p. 513 s. ; Planiol, II, n. 2292, note. — V. proposition Talon, modifiant l'art. 2044, Chambre, 10 juin 1895. — Rapport Estanyer, 12 juil. 1895.

un commencement de preuve par écrit ; logiquement l'article 2044 alinéa 2 doit avoir la même signification.

A ces raisons on oppose l'esprit de la loi. Nous nous bornerons à répondre que l'esprit de la loi est très douteux. On n'est pas d'accord sur le motif qui a fait prohiber la preuve de la transaction par témoins même en matière n'excédant pas 150 francs ; on critique souvent celui qui a été indiqué par le tribun Albisson, à savoir la crainte que la preuve testimoniale ne fasse naître le procès que la transaction a eu pour but d'éviter. L'argument de texte invoqué par la cour de cassation subsiste donc dans toute sa force. D'ailleurs, l'existence d'un commencement de preuve par écrit rend la preuve testimoniale beaucoup moins dangereuse et beaucoup moins incertaine dans ses résultats.

1223. La question de savoir si la transaction doit être écrite est résolue de manières diverses par les législations étrangères (1).

1224. En matière commerciale, la transaction peut être prouvée par tous moyens, conformément à l'article 109 du Code de commerce (2). On a objecté en sens contraire que l'article 2044 est général. Ce n'est pas une raison : l'arti-

(1) *Allemagne.* Le droit commun n'exigeait d'écrit que pour les transactions ayant pour objet les arrérages futurs d'aliments laissés par testament. — Regelsberger, *loc. cit.* — Le C. gén. prussien (I. 16, §§ 405 s.) se contentait de l'application des règles générales qu'il édictait : écrit exigé au-dessus de 150 marks, acte judiciaire ou authentique s'il s'agissait d'immeubles. — Le C. civ. n'exige aucune forme. — *Espagne.* Aucune forme. — *Italie.* L'écrit est exigé *ad solemnitatem* (C. civ. 1314). — *Portugal,* L'écrit est exigé *ad solemnitatem,* il faut même un acte public ou un procès-verbal de conciliation si la transaction a pour objet un droit immobilier (C. civ. 1712, V. aussi 1713). — *Russie.* Il faut un écrit. Lehr, *Elém. de dr. civ. russe,* II, n. 1113.

(2) Paris, 13 juin 1894, S., 95. 2, 19, D., 94. 2. 498. — Trib. civ. Cosne, 15 juin 1895, *Ann. dr. com.,* IX, 1895, p. 68 (transaction entre associés en nom collectif pour liquider la société). — Massé, *Tr. de dr. com.,* IV, n. 2695 ; Massé et Vergé, V, p. 86 ; Lyon-Caen, *Note,* S., 73. 2. 161 ; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. com.,* III, n. 52 ; Denisse, *Ann. dr. comm.,* IX, 1895, *Jurispr.,* p. 68. — *Contra* Bordeaux, 5 fév. 1857, S., 57. 2. 575. — Bourges, 12 août 1871, S., 73. 2. 161, D., 73. 2. 103. — Bourges, 17 fév. 1896, précité. — Bordeaux, 9 mai 1904, *Rec. Bordeaux,* 1904. 1. 239. — Trib. com. Gand, 27 avril 1878, *Pasicr.,* 78. 3. 352, *Journ. dr. int.,* IX, 1882, p. 644. — Pont, II, n. 501 ; Aubry et Rau, IV, p. 661, § 420, note 9; Laurent, XXVIII, n. 375 ; Guillouard, n. 85 *bis.*

cle 2044, placé dans le Code civil, ne concerne que les conventions du droit civil.

On a dit aussi que, même conclue pour trancher une contestation commerciale, la transaction n'est pas commerciale. C'est une erreur certaine ; car tout acte ayant un objet commercial est commercial.

On a dit enfin que les raisons auxquelles obéit l'article 2044 sont applicables aux matières commerciales. Nous répondons que le motif auquel a obéi l'article 109 du Code de commerce — usage existant dans le commerce de ne pas exiger d'écrit, — s'applique aux transactions.

La transaction est civile ou commerciale suivant que l'acte sur lequel elle porte est un acte civil ou un acte de commerce, ou, plus généralement, suivant que la contestation était de nature à être portée devant les tribunaux civils ou les tribunaux de commerce (1).

1225. La transaction, si elle est faite par acte sous seing privé, doit, comme toutes les autres conventions, être rédigée en double (2)

Mais la quittance des sommes dues en vertu d'une transaction, même verbale, est un acte unilatéral, qui n'est pas soumis à cette formalité (3).

(1) Lyon, 28 juin 1895, *Mon. jud. Lyon*, 7 janv. 1896 (est commerciale une transaction intervenue au cours d'un débat devant le tribunal de commerce pour régler les droits des intéressés dans une faillite). — Trib. civ. Amiens, 4 mars 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 619. — Trib. civ. Cosne, 15 juin 1895, précité.

(2) Cass. civ., 8 janv. 1900, S., 1902. 1. 311, D., 1904. 1. 606. — Paris, 31 déc. 1895, D., 96. 2. 360. — Pont, II, n. 489 ; Guillouard, n. 90. — Il en est autrement, conformément au droit commun, si l'une des parties a déjà exécuté le contrat. — Cass. civ., 8 janv. 1900, précité (dans l'hypothèse de la note suivante).

(3) Décidé en ce sens que s'il est convenu entre un ouvrier et un patron, ou l'assureur de ce dernier, que l'ouvrier touchera à titre d'indemnité d'accident une somme déterminée, la quittance de l'ouvrier, quoique constituant le seul titre écrit du contrat, peut être rédigée en un seul original. Besançon, 19 janvier 1898, S., 98. 2. 84.

SECTION II

CAPACITÉ ET POUVOIR EN MATIÈRE DE TRANSACTION

1226. Aux termes de l'article 2045 : « *Pour transiger il* « *faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans* « *la transaction.* — *Le tuteur ne peut transiger pour le* « *mineur ou l'interdit que conformément à l'article* 467 *au* « *titre* de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation ; « *et il ne peut transiger avec le mineur devenu majeur, sur* « *le compte de tutelle, que conformément à l'article* 472 *au* « *même titre. Les communes et établissements publics ne* « *peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Roi.* »

Ce texte confond ou paraît confondre deux choses qu'il importe de distinguer : la capacité de transiger et le pouvoir de transiger. Ce que l'article dit du tuteur transigeant au nom du mineur (1re partie de l'alinéa 2) est relatif au pouvoir de transiger ; le reste de l'article concerne la capacité de transiger.

§ I. *Capacité de transiger.*

1227. Pour transiger, il faut être capable, non seulement de s'obliger, mais encore de disposer à titre onéreux du droit sur lequel on transige. C'est en ce sens que doit être entendue la règle formulée par l'article 2045, alinéa 1er, déjà cité : « Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des « objets compris dans la transaction. » Quel est le motif ? La transaction a toujours été considérée comme équivalant quant au résultat à une aliénation, *transigere est alienare*. Cela est vrai, même en ce qui concerne la partie à laquelle la transaction attribue le droit litigieux en totalité, à la charge de payer à l'autre une somme d'argent ou d'effectuer toute autre prestation ; car celui qui ne conserve son droit que moyennant un sacrifice, l'aliène en partie. La transaction est donc un acte de disposition, et il était tout simple dès lors qu'elle ne fût permise qu'à celui qui a la capacité de disposer.

La capacité de disposer à titre onéreux suffit [1]. On a prétendu tout à fait sans fondement qu'il fallait en outre la capacité de disposer à titre gratuit. La transaction n'implique nullement une donation ; telle n'est certes pas l'intention de celui qui transige : il fait et reçoit des concessions. Alors comment s'expliquerait-on que la capacité de disposer à titre gratuit fût requise ?

Mais si l'article 2045 alinéa 1er nous dit en substance que, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer du droit litigieux auquel la transaction se réfère, il ne nous dit pas que cela soit suffisant. En d'autres termes, il résulte certainement de l'article 2045 alinéa 1er que toute personne qui ne peut disposer à titre onéreux des objets compris dans la transaction ne peut pas transiger ; mais il n'en résulte pas nécessairement que toute personne qui a ce droit de disposition puisse transiger.

1228. Ainsi le prodigue ou le faible d'esprit pourvu d'un conseil judiciaire peut, sans l'assistance de son conseil, accomplir tous les actes qui concernent l'administration de ses biens ; peut-il aussi transiger seul relativement à un acte d'administration ? Nous ne le pensons pas [2] ; car la transaction figure sur la liste des actes pour lesquels l'assistance du conseil est requise (art. 499 et 513), et les termes absolus de la loi paraissent ne comporter aucune distinction.

1229. Il résulte de notre principe que le mineur non émancipé et l'interdit ne peuvent aucunement transiger (arg. art. 1124). Il en résulte aussi qu'une femme mariée ne peut pas sans autorisation transiger sur ses droits soit immobiliers, soit même mobiliers [3], sauf une exception que nous signalerons bientôt, relative à la femme séparée de biens ; d'ailleurs l'article 217 lui interdit en termes généraux l'aliénation.

Cependant la femme commerçante peut engager et aliéner

(1) Accarias, n. 101 ; Pont, II, n. 510 ; Laurent, XXVIII, n. 335 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 279 *bis*, II ; Guillouard, n. 34.

(2) Demolombe, VIII, n. 275 ; Accarias, n. 109 ; Pont, II, n. 526 ; Aubry et Rau, I, p. 570, § 140 ; Laurent, XXVIII, n. 339 ; Guillouard, n. 46.

(3) Pont, II, n. 613 ; Laurent, XXVIII, n. 337 ; Guillouard, n. 47.

ses immeubles en ce qui concerne son commerce, si elle est autorisée à faire le commerce (C. com., 5 et 7). Elle peut donc transiger sur les objets relatifs à son commerce ([1]), et cela même s'il s'agit d'immeubles ([2]).

Quant au père administrateur légal, on a décidé qu'il peut transiger sur les droits purement mobiliers du mineur sans aucune autorisation ([3]). D'autres opinions assimilent le père au tuteur ([4]), ou se contentent de l'autorisation du tribunal ([5]), ou exigent à la fois cette autorisation et l'avis de trois jurisconsultes ([6]). Nous n'étudierons pas la question, qui dépend de celle, beaucoup plus générale, de l'étendue des pouvoirs attribués au père administrateur.

En ce qui concerne le mineur émancipé, notre avis est qu'il peut transiger seul sur les actes de pure administration et sur les objets dont il a la libre disposition ([7]). Un parti important dans la doctrine lui impose, même dans ces hypothèses, l'obligation de se soumettre aux formalités prescrites par l'article 467 ([8]). En tout cas elles sont exigées pour la transaction relative aux objets qui excèdent l'administration ([9]). La question rentre dans le titre de la tutelle.

Le mineur émancipé autorisé à faire le commerce est, aux termes de l'article 2 du Code de commerce, réputé majeur

([1]) Accarias, n. 111 ; Pont, II, n. 514 ; Laurent, XXVIII, n. 337; Guillouard, n. 48.

([2]) Pont, *loc. cit.* ; Laurent, *loc. cit.* : Guillouard, *loc. cit.* — V. cep. Accarias, *loc. cit.*

([3]) Cass. civ., 29 juil. 1903. D., 1904. 1. 196. — Montpellier, 30 mars 1859. S., 59. 2. 208. — Amiens, 1er mars 1883, S., 84. 2. 41, D., 84. 2. 150. — Bertin, *Chambre du conseil*, n. 613.

([4]) Paris, 4 juin 1865, S., 65. 2. 216. — Trib. civ. Marseille, 12 déc. 1864, S., 65. 2. 216. — Aubry et Rau, IV, p. 659, § 420, note 3.

([5]) Pont, II, n. 560 ; Laurent, IV, n. 314 ; Guillouard, n. 42.

([6]) Seligmann, *Rev. crit.*, IV, 1875, p. 702.

([7]) Troplong, n. 45 ; Aubry et Rau, IV, p. 660, § 420, note 4 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 379 *bis*, III, IV et V.

([8]) Accarias, n. 107 ; Pont, II, n. 520 ; Laurent, XXVIII, n. 338; Guillouard, n. 43.

([9]) Duranton, XVIII, n. 107 ; Troplong, n. 46 et 47 ; Pont, II, n. 520 ; Aubry et Rau, IV, p. 660, § 420, note 5 ; Laurent, XXVIII, n. 338; Guillouard, n. 43. — V. cep. Marbeau, n. 67.

en ce qui concerne son commerce ; il peut donc transiger seul, sauf pour les immeubles (C. com., art. 6) [1].

1230. A l'égard de la femme séparée de biens, il faut lui reconnaître la capacité de transiger sur les actes qui concernent l'administration de ses biens [2], et en outre sur tous ses droits mobiliers sans distinction [3]. Nous basons principalement cette solution sur l'article 1449, qui lui accorde un droit de libre administration et l'autorise à *disposer* de son mobilier et à l'aliéner. A notre avis, le mot *disposer* fait précisément allusion à la faculté de transiger ; autrement il serait difficile de lui trouver un sens, du moins si l'on admet; avec la majorité des auteurs, qu'il ne concerne pas la faculté de disposer à titre gratuit.

Cependant, dans l'opinion qui ne permet à la femme d'aliéner ses meubles que dans les limites de l'administration, elle ne pourra également transiger sur ses meubles que relativement aux actes d'administration.

La femme ne peut transiger sur ses biens dotaux même avec l'autorisation de son mari [4], car elle n'a pas la capacité d'aliéner ces biens.

Mais on peut transiger sur la responsabilité d'un tiers, un officier ministériel par exemple, relativement aux biens dotaux [5].

1231. Nous avons examiné dans notre *Traité des successions*, si l'héritier bénéficiaire peut faire une transaction [6].

Quant à l'héritier apparent, on sait que ses actes d'administration sont considérés comme opposables aux héritiers véritables et que la jurisprudence décide de même pour les

(1) Troplong, n. 48 ; Pont, II, n. 521 ; Guillouard, n. 43.

(2) *Contra* Guillouard, n. 49.

(3) Duranton, XVIII, n. 409 ; Marbeau, n. 94 ; Troplong, n. 51 ; Demolombe, IV, n. 159 ; Aubry et Rau, V, p. 403, § 516, note 57; Laurent, XXVIII, n. 337; Colmet de Santerre, VIII, n. 279, VI. — *Contra* Accarias, n. 111 ; Pont, II, n. 515 ; Guillouard, n. 49 (abandonnant l'opinion qu'il avait soutenue *Tr. du contr. de mar.*, III, n. 1206 s.).

(4) Guillouard, n. 50 (abandonnant l'opinion qu'il avait soutenue *Tr. du contr. de mar.*, IV, n. 1849).

(5) *Contra* Bordeaux, 8 juil. 1889. *Rec. Bordeaux*, 89. 1. 511.

(6) 3e éd., II, n. 1357 s.

actes de disposition à titre onéreux si les tiers avec lesquels ces actes sont passés sont de bonne foi.

Quelques auteurs assimilent les transactions aux actes d'administration parce qu'ils sont commandés par la nécessité (1). Il est, au contraire, certain que la transaction est un acte de disposition; elle doit être validée au même titre que les autres actes à titre onéreux (2).

1232. La personne en état d'interdiction légale est, d'après l'opinion générale, privée de ses droits civils; elle ne peut donc transiger (3).

1233. Le débiteur en déconfiture garde le droit de transiger, parce qu'aucun texte ne le lui enlève (4). Cette lacune de la loi est critiquable.

Nous parlons plus loin du débiteur en faillite ou en liquidation judiciaire (5).

1234. Nous n'avons parlé jusque-là que des incapacités générales de transiger : les personnes qui en sont atteintes ne peuvent en principe transiger sur quoi que ce soit ni avec qui que ce soit. Il y a aussi des incapacités relatives ou spéciales. L'alinéa 2 de l'article 2045, déjà cité, nous en signale une : « Le tuteur », dit ce texte, « ne peut transiger avec le « mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle, que con- « formément à l'article 472 au même titre. »

L'article 2045 n'interdit la transaction que sur le compte de tutelle. Toute autre transaction entre l'ex-pupille et son tuteur est valable. Il en est ainsi, par exemple, de la transaction au sujet d'une succession à laquelle ils ont droit (6).

1235. L'article 2045, alinéa 3, contient une disposition

(1) Demolombe, II, n. 239.

(2) Cass., 10 avril 1888, S., 89. 1. 457. — Marbeau, n. 125 s.; Guillouard, n. 153. — *Contra* Accarias, n. 127; Pont, II, n. 580; Laurent, IX, n. 560 et XXVIII, n. 336.

(3) Marbeau, n. 78 s.; Pont, II, n. 537; Guillouard, n. 58.

(4) Cass., 23 juill. 1817, S. chr. — Laurent, XXVIII, n. 344; Guillouard, n. 57.

(5) V. *infra*, n. 1239.

(6) Cass., 7 août 1810, S. chr. — Cass., 22 mai 1822, S. chr. — Cass., 16 mai 1831, S., 31. 1. 201. — Cass., 1er juin 1847, S., 47. 1. 504, D., 47. 1. 204. — Cass., 10 avril 1849, S., 49. 1. 406, D., 49. 1. 105. — Demolombe, VIII, n. 71; Accarias, n. 116; Pont, II, n. 522; Laurent, XXVIII, n. 338 et V, n. 150 et 155; Guillouard, n. 45.

spéciale en ce qui concerne les communes et les établissements publics : « Les communes et établissements publics « ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du « Roi. »

L'arrêté des consuls du 21 frimaire an XII et l'article 68, n° 4 de la loi du 5 avril 1884, règlent la même question.

La transaction faite par les départements est l'objet de la loi du 10 août 1871 (art. 66, n. 16).

L'arrêté du 7 messidor an IX (art. 15) s'occupe des transactions faites par les hospices.

1236. Les ministres peuvent transiger au nom de l'État et sans aucune autorisation (1). En effet, toutes les personnes morales ayant le droit de transiger, il est inadmissible que ce droit soit refusé à l'État; les représentants ordinaires de l'État sont les ministres et il n'existe au-dessus d'eux aucun pouvoir supérieur auquel une autorisation doive être demandée.

Il va sans dire que le ministre ne peut, sous prétexte de transiger, abandonner gratuitement les droits de l'État (2).

Il appartient au conseil d'État d'examiner s'il y a véritablement transaction ou abandon gratuit.

Un ministre ne peut compromettre au nom de l'État (3).

Des textes spéciaux s'occupent des transactions faites par les administrations des forêts (C. for. 159, modifié par la loi du 18 juin 1859), des postes (L. 4 juin 1859, art. 9), etc. (4).

(1) Cons. d'État, 22 juin 1883, *Rec. des arr. du Cons. d'État*, 1883, p. 589. — Cons. d'État, 23 décembre 1887, S., 89. 3. 57, D., 89. 3. 1 (motifs). — Cons. d'État, 8 avril 1892, D., 93. 3. 33 (admettre comme justification suffisante d'une créance les écritures du créancier, renoncer à une déchéance moyennant d'autres avantages, admettre que la force majeure résultant d'une guerre soit à la charge du Trésor). — Cons. d'État, 17 mars 1893, S., 94. 3. 119 (marchés passés pour les services publics). — Romieu, Conclusions sous Cons. d'État, 8 avril 1892, précité et 17 mars 1893, précité.

(2) Cons. d'État, 18 mai 1877, D., 77. 3. 81.—Cons. d'État, 18 avril 1892, D., 93. 3. 33.

(3) Cons d'État, 23 décembre 1887, S., 89. 3. 57, D., 89. 3. 1.— Cons. d'État, 24 juillet 1891, D., 93. 3. 4. — Cons. d'État, 8 avril 1892, D., 93. 3. 33.—Cons. d'État, 17 mars 1893, précité. — Romieu, Concl. sous Cons. d'État, 17 mars 1893, précité.

(4) V. *infra*, n. 1263.

§ II. *Pouvoir de transiger.*

1237. Un mandataire conventionnel ne peut transiger qu'en vertu d'un pouvoir spécial (arg. ar. 1988 al. 2).

Nous avons, à propos du contrat de société, examiné si le gérant d'une société ou un associé peuvent transiger et compromettre (1).

Le mari, qui puise dans ses conventions matrimoniales le droit d'administrer les biens de sa femme, nous paraît n'avoir jamais le pouvoir de transiger (2), même en ce qui concerne la possession (3), quoique l'article 1428 lui permette d'intenter les actions possessoires, et en ce qui concerne les meubles (4), quoique le même article 1428 l'autorise à les aliéner. Car si le mari peut intenter les actions possessoires, c'est à raison de leur caractère provisoire et s'il peut aliéner les meubles, c'est comme administrateur.

1238. Quant aux mandataires légaux, nous croyons qu'il faut leur appliquer ce que l'article 1988 dit des mandataires conventionnels (5) : un pouvoir spécial leur est nécessaire pour transiger, c'est-à-dire qu'il faut un texte leur accordant formellement ce pouvoir. Il existe, nous le savons, une disposition de ce genre relativement au tuteur; l'article 2045 rappelle ici qu'il peut transiger pour le compte du mineur ou de l'interdit, mais seulement en observant les formalités prescrites par l'article 467.

La femme qui, pendant la période de l'envoi provisoire, administre les biens de son mari absent, ne peut transiger sans l'autorisation de justice sur les droits de la communauté (6), car elle ne peut faire seule que les actes d'administration.

(1) V. notre *Tr. de la soc., du prêt, du dépôt*, n. 304, 326 s.

(2) Guillouard, n. 52. — Cpr. Paris, 25 avril 1850, S., 51. 2. 796, D., 51. 2. 180.

(3) Laurent, XXVIII, n. 349 ; Guillouard, n. 52. — *Contra* Pont, II, n. 546

(4) Laurent, *loc. cit.* ; Guillouard *loc. cit.* — *Contra* Pont, *loc. cit.*

(5) Guillouard, n. 55.

(6) Orléans, 22 nov. 1850, S., 51. 2. 553, D., 51. 2. 70. — Berlin, *Ch. du conseil*, 3e éd., I, n. 374.

De même les envoyés en possession provisoire ne peuvent transiger sans l'autorisation de justice [1] ; cependant on admet généralement qu'ils le peuvent dans les mêmes conditions que le tuteur, des droits duquel on tire un argument d'analogie [2].

1239. Les principes sont les mêmes pour les mandataires judiciaires [3].

Ainsi les syndics d'une faillite peuvent transiger sur toutes les contestations qui intéressent la masse, même sur la composition de la masse [4] ; il existe, en effet, des textes qui les y autorisent sous certaines conditions ; ce sont les articles 487 et 535 du Code de commerce ; le syndic, aux termes de ces textes, est autorisé à transiger, suivant la nature des droits, soit par le juge-commissaire, soit par le tribunal de commerce ou le tribunal civil. « Les syndics pourront, dit l'article 487, avec l'autorisation du juge-commissaire et le failli dûment appelé, transiger sur toutes contestations qui intéressent la masse, même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobilières. Si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée, ou excède 300 francs, la transaction ne sera obligatoire qu'après avoir été homologuée, savoir : par le tribunal de commerce pour les transactions relatives à des droits mobiliers et par le tribunal civil pour les transactions relatives à des droits immobiliers. Le failli sera appelé à l'homologation ; il aura, dans tous les cas, la faculté de s'y opposer ; son opposition suffira pour empêcher la transaction, si elle a pour objet des biens immobiliers » [5]. L'article 535 renvoie à cette disposition pour le cas d'union.

En matière de liquidation judiciaire la transaction est faite

[1] V. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Tr. des personnes*, I, n. 1136.

[2] Plasman, *Tr. de l'absence*, I, n. 207 ; de Moly, *ibid.*, n. 493 ; Duranton, I, n. 407 ; Demante, I, n. 158 ; Demolombe, II, n. 115 ; Laurent, II, n. 240 ; Bertin, *op. cit.*, n. 408.

[3] Guillouard, n. 57.

[4] Cass., 26 avril 1864, S, 64. 1. 225, D. 64. 1. 309. — Guillouard, n. 56.

[5] Il n'est pas nécessaire que le failli soit appelé devant le juge-commissaire, s'il est appelé dans l'instance d'homologation. — Cass., 2 août 1865, S, 65. 1. 437. — Cass. req., 17 avril 1894, S, 96. 1. 459.

par le liquidé avec l'assistance du liquidateur et l'autorisation soit du juge-commissaire, soit du tribunal de commerce ou du tribunal civil, suivant que l'objet du litige n'excède pas ou excède 1.500 francs (L. 4 mars 1889, art. 7).

Nous ne reconnaissons pas le droit de transiger à l'administrateur provisoire que le tribunal nomme, par application de l'article 497, pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur à une demande en interdiction, ni au mandataire nommé en vertu de l'article 112 pour administrer provisoirement les biens d'un présumé absent.

De même l'administrateur provisoire d'un aliéné non interdit ne peut transiger même avec l'autorisation du tribunal (1).

Il en est de même encore du mandataire judiciaire nommé à l'aliéné par application de la loi du 30 juin 1838 (2) ; ce mandataire n'a du reste que le droit de plaider.

§ III. *Sanction des règles de capacité et de pouvoir.*

1240. L'incapacité de transiger, comme toute incapacité, a pour sanction une nullité relative, que l'incapable ou ses représentants peuvent seuls invoquer (C. civ., 1125) (3).

Cette solution doit être appliquée aux incapables du droit administratif (État, commune, département, hospices) (4) : l'article 1125 est général. On objecte que ce texte n'a trait qu'aux nullités établies dans l'intérêt privé. Il faut dire plus exactement qu'il vise la nullité établie dans l'intérêt personnel d'un incapable ; or tel est bien le cas dans les hypothèses en face desquelles nous nous plaçons.

(1) Metz, 8 déc. 1868, S., 69. 2 133. D., 69. 2. 40. — Trib. civ. Seine, 21 mars 1861, cité par Bertin. *op. cit.*, I, n. 739. — Bertin, *loc. cit.*

(2) Metz, 8 déc. 1868, précité. — Guillouard, n. 55.

(3) Marbeau, n, 292 ; Accarias. n. 108 ; Bonfils, *De la trans.*, p. 230 ; Laurent, XXVIII, n. 341 ; Pont, II, n. 732; Guillouard, n. 59. — V. *infra*, n. 1282 s. — En cas de liquidation judiciaire, décidé que la nullité peut être invoquée seulement par les créanciers, et non par le liquidé ou son cocontractant.—Cass. civ., 13 déc. 1904, S., 1905. 1. 65. — Lyon-Caen, *Note*, S., 1905. 1. 65.

(4) Cass., 16 mars 1836, S.. 36. 1. 609. — Cass., 3 mai 1841, S., 41. 1. 391. — Aix, 24 juill. 1893, S., 95. 2. 169 (communes). — Pont, II, n. 532 ; Accarias, n. 114 ; Guillouard, n. 59. — *Contra* Laurent, XVI, n. 63, et XXVIII, n. 341.

Notamment la transaction faite par une commune et non homologuée par l'autorité compétente n'est frappée que d'une nullité relative ([1]).

1241. Il importe beaucoup de distinguer si une transaction émane d'une personne incapable de transiger ou d'une personne sans pouvoir. La transaction qui émane d'un incapable, un mineur par exemple, existe, comme nous venons de le dire, tant qu'elle n'a pas été annulée ; l'incapable ne peut se soustraire à la nécessité de l'exécuter qu'en l'attaquant par l'action en nullité, et il dépend de lui de la rendre définitivement valable en la confirmant. Au contraire la transaction émanée d'une personne sans pouvoir n'existe pas par rapport au véritable intéressé, tant qu'il ne l'a pas ratifiée ; si on la lui oppose, il lui suffira de dire qu'elle est à son égard *res inter alios acta*.

SECTION III

DES VICES DU CONSENTEMENT

1242. Dans l'ancien droit, en vertu de l'ordonnance de 1560, une transaction ne pouvait être attaquée que pour objet illicite, pour dol personnel ou pour erreur de calcul ([2]) ; on justifiait cette solution par l'idée que la transaction doit être le plus stable de tous les contrats ([3]). Elle pouvait être attaquée pendant trente ans pour erreur de calcul ([4]), pendant dix ans pour dol ou pour objet illicite, et pendant trente ans si la transaction était intervenue sur un prêt usuraire ([5]).

1243. L'article 2053 contient l'énumération des vices du consentement donnant lieu à la nullité : « *Néanmoins une* « *transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la*

([1]) Aix, 24 juill. 1893, précité.
([2]) Argou, liv. IV, chap. X (II, p. 460).
([3]) Argou, *loc. cit.*, II, p. 460.
([4]) Bretonnier sur Argou, *loc. cit.*, Bretonnier sur Henrys, quest. 31, II, liv. IV, v° *Erreur de calcul*.
([5]) Ord. 1510, art. 49. — Ord. 1555, chap. 8, art. 8, art. 30. — Ord. 1536, articles 1 et 4. — Argou, *op. cit.*, p. 461.

« *personne ou sur l'objet de la contestation. — Elle peut* « *l'être dans tous les cas où il y a dol ou violence.* »

Ainsi les causes de nullité ou rescision des transactions sont les mêmes que celles des contrats en général : erreur, dol et violence.

1244. En ce qui regarde le dol et la violence, nous n'avons rien de particulier à dire. En se bornant à signaler ces deux causes de nullité ou rescision, sans entrer dans aucun détail, la loi nous montre suffisamment qu'elle entend les laisser soumises de tous points aux règles du droit commun. Les conditions auxquelles la nullité est subordonnée sont donc les mêmes que dans tout autre contrat (1).

Il y a dol de la part de la partie qui a transigé connaissant la fausseté de ses prétentions (2).

La transaction faite sous l'influence de la menace d'une poursuite judiciaire ou d'une plainte au parquet n'est pas entachée de violence (3).

Il en est autrement quand cette poursuite est un moyen d'intimidation pour forcer à une transaction, à cause des caractères graves qu'elle peut avoir pour le défendeur (4).

Le juge du fait décide souverainement s'il y a dol (5) ou violence.

1245. Les conditions auxquelles est subordonnée la nullité pour cause d'erreur de fait sont-elles également celles du droit commun ?

(1) Guillouard, n. 142. — Jugé avec raison que la transaction conclue par un commanditaire au sujet de sa responsabilité relativement à la ruine de la société est annulable si on lui a dissimulé la responsabilité encourue par un autre commanditaire pour s'être immiscé dans la gestion, cette responsabilité augmentant l'actif social, sur le montant duquel la transaction est intervenue. — Cass. req., 25 oct. 1898, S., 1900. 1. 410.

(2) *Allemagne, Droit commun*, Regeslsberger, *loc. cit.* ; *C. gén. prussien*, I. 16, § 419.

(3) Cass., 17 août 1865, S., 65. 1. 399 (motifs). — Cass., 19 fév. 1879, S., 80. 1. 62, D., 79. 1. 145 (motifs). — Bruxelles, 14 juin 1818, D. *Rép.*, v° *Oblig.*, n. 174. — Trib. com. Saint-Etienne, 24 janv. 1894, *Gaz. Pal.*, 94. 1. 299. — Trib. civ. Bordeaux, 20 avril 1896, *Gaz. Pal.*, 96. 1. *Suppl.*, 41. — Guillouard, n. 141 ; Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, art. 1111, n. 18.

(4) Cass., 17 août 1865, précité. — Cass., 19 fév. 1879, précité. — Guillouard, n. 141 ; Fuzier-Herman, *loc. cit.*, n. 20 s.

(5) Cass. civ., 25 oct. 1892, S., 93. 1. 505, D., 93. 1. 17.

A première vue, la négative semble résulter des textes relatifs à cette matière (art. 2054 à 2057), qui seraient, peut-on dire, inutiles, s'ils ne faisaient que consacrer le droit commun. A notre avis cependant les articles 2054 à 2057 adoptent comme base de leurs décisions les principes généraux relatifs à la nullité résultant de l'erreur, et ils se bornent à en consacrer, sauf quelques modifications de détail, plusieurs applications qui auraient pu soulever des doutes.

Dans les transactions comme dans les autres contrats, l'erreur qui vicie le consentement de l'une des parties d'une manière assez profonde pour ouvrir à son profit une action en nullité, peut être une erreur sur la personne ou une erreur sur l'objet de la contestation.

a. Erreur sur la personne. — La loi n'entre dans aucun détail ; elle se borne à dire (art. 2053) que la transaction *peut être rescindée lorsqu'il y a erreur dans la personne*, et par conséquent la conclusion que nous avons annoncée se justifie d'elle-même pour cette hypothèse. En effet, dans le silence de la loi, il y a lieu d'appliquer le droit commun.

L'erreur ne sera donc une cause de nullité ou rescision qu'autant qu'elle sera *substantielle*, que si, comme le dit l'article 1110, *la considération de la personne était la cause principale de la convention* (1) : ce qui sera certainement très rare, la transaction étant l'un des contrats où l'on se préoccupe le moins de la personne avec qui l'on traite, attendu qu'elle est généralement inspirée par la haine des procès ou par la crainte du droit de l'adversaire, beaucoup plus que par l'affection qu'on porte à celui-ci ou par le respect ou la reconnaissance qu'on croit lui devoir.

L'erreur consistant à prendre une personne pour une autre et à traiter avec une personne qu'on prenait à tort pour l'adversaire est une erreur sur la cause et entraîne la nullité absolue (2).

(1) Demolombe, XXIV, n. 120; Accarias, n. 155 ; Larombière, *Th. et prat. des oblig.*, art. 1110, n. 18 ; Aubry et Rau, IV, p. 670, § 422, note 3; Colmet de Santerre. V. n. 17 *bis*, II; Laurent, XV, n. 499; Guillouard, n. 139; Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, art. 1110, n. 60. — *Contra* Duranton, X, n. 124; Laurent, XXVIII, n. 332.

(2) Accarias, n. 155 ; Pont, II, n. 468 ; Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.* ; Larombière, *loc. cit.*

1246. *b. Erreur sur l'objet.* — Il ne s'agit pas de l'erreur qui tombe *in ipso corpore rei*, comme si j'ai entendu transiger sur l'immeuble A et vous sur l'immeuble B, ou si, s'agissant du même immeuble, j'ai entendu transiger sur le possessoire et vous sur le pétitoire : en pareil cas, la transaction serait inexistante (1), et le législateur ne s'occupe ici, nous l'avons déjà dit, que des cas où elle est seulement annulable ou rescindable. Le cas prévu est celui où l'erreur porte sur les qualités substantielles, ou, comme le dit l'article 1110, sur la substance de l'objet. Les parties ont bien entendu transiger sur le même différend ; mais l'une d'elles ignorait une circonstance décisive, qui rendait son droit absolument certain et dont la connaissance l'aurait certainement empêchée de transiger, parce qu'on ne transige que sur un droit que l'on considère comme plus ou moins douteux. C'est là une erreur substantielle, qui autorisera la rescision de la transaction (2).

Par exemple un patron a transigé sur un accident du travail dont il se croyait responsable, alors que cet accident n'était pas à sa charge (3). De même, après qu'un inculpé a transigé sur les dommages-intérêts résultant d'un délit, les tribunaux, saisis de l'action publique, décident que le délit n'a pas été commis (4).

Au contraire il n'y a pas erreur sur l'objet lorsque l'une des parties s'est trompée sur le montant de la somme à laquelle elle peut avoir droit. Tel est le cas où un ouvrier, ne prévoyant pas les conséquences d'un accident, a déclaré connaître ces conséquences et transiger sur elles (5).

(1) Guillouard, n. 136.

(2) Trib. civ. Seine, 27 juin 1900, *Droit*, 9 déc. 1900. — Cass. belge, 4 mai 1892, *Pand. pér. belges*, 93, n. 1410 (transaction sur une erreur admise à tort par l'administration des contributions indirectes). — Cass. belge, 1er mars 1895, *Pasicr.*, 95. 1. 134. — Trib. civ. Tournai, 27 fév. 1894, D., 95. 2. 422. — Troplong, n. 138 s. ; Pont. II, n. 699 s. ; Aubry et Rau, IV, p. 670, § 422, note 2; Laurent, XXVIII, n. 407 ; Guillouard, n. 136.

(3) Cass. civ., 29 juil. 1901, D., 1902. 1. 297. — V. *infra*, n. 1287. — *Contra* Paris, 11 août 1868, S., 69. 2. 72, D., 68. 2. 186.

(4) Trib. civ. Rethel, 6 janv. 1904, *Loi*, 18 janv. 1904.

(5) Limoges, 10 mai 1899, *Rec. Riom*, 1900. 481.

Les articles 2054 à 2057 ne font à notre avis que consacrer quatre applications du principe indiqué plus haut; elles auraient pu paraître délicates et c'est sans doute le motif pour lequel le législateur a cru devoir s'expliquer.

1247. Première application. « *Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité* » (art. 2054).

Constatons d'abord que par *titre* la loi entend très certainement ici le fait juridique, *negotium juridicium*, qui sert de base au droit contesté (1). Quant au mot *nul*, nous le prenons comme désignant d'une manière générale tous les cas où le titre se trouve être sans valeur par quelque cause que ce soit.

Cela posé, la cause de rescision que notre texte établit ne peut être rattachée qu'à l'erreur. La transaction est rescindable, non pas à cause de la nullité du titre qui lui sert de base, mais à raison de l'erreur des parties ou de l'une d'elles sur l'existence de cette nullité (2). La preuve en est que la transaction est valable, si les parties ont expressément traité sur la nullité du titre : ce qui démontre bien que cette nullité ne forme pas par elle-même ou par elle seule un obstacle absolu à la validité de la transaction. Il ne suffit donc pas à la partie, qui demande la rescision de la transaction par application de l'article 2054, d'établir que le titre, en exécution duquel la transaction a été faite, est nul ; il faut qu'elle affirme en même temps avoir ignoré cette nullité.

Dans une autre opinion, l'article 2054 aurait trait au défaut de cause (3) ou à la fausseté de la cause (4) : la transaction, dit-on, suppose un droit douteux; dans l'espèce visée par l'article 2054, le droit n'est pas douteux, le contrat manque donc de cause. Une objection décisive contre cette solution est

(1) Pont, II, n. 703 ; Laurent, XXVIII, n. 412; Guillouard, n. 150; Guénée, *Note*, D., 1904. 1. 209.

(2) V. les autorités citées ci-après.

(3) Laurent, XXVIII, n. 415 ; Aubry et Rau, dans leurs premières éditions, avaient admis le même système.

(4) Larombière, art. 1131, n. 20 (qui ailleurs, art. 1110, n. 27, se fonde à la fois sur l'erreur et sur l'absence de cause).

que le défaut de cause entraîne la nullité absolue des contrats, et on est bien forcé de reconnaître que l'article 2054 autorise seulement une action en rescision (1) ; ses termes l'indiquent et aussi son voisinage avec l'article 2053. D'autre part, nous répétons que cette explication ne fait pas comprendre que le contrat soit valable si les parties ont transigé sur la nullité.

1248. L'erreur sur la nullité du titre peut être une erreur de droit ou une erreur de fait.

Si c'est une erreur de droit, la demande en rescision devra être rejetée. De tous les moyens qui ont été proposés pour concilier l'article 2054 avec l'article 2052 alinéa 2 (2), celui-là nous paraît seul exact (3). Pour soutenir le contraire on dit que l'article 2054, par l'emploi du mot *également*, rapproché du mot *néanmoins* par lequel débute l'article 2053, montre l'intention de déroger à l'article 2052. D'ailleurs, ajoute-t-on, l'article 2054 ne fait qu'appliquer les articles 2048 et 2049, d'après lesquels la transaction ne concerne que les différends visés par les parties. Enfin l'article 2052, dans son texte primitif, s'appliquait à l'erreur de droit comme à l'erreur de fait ; il est naturel que l'ar-

(1) Guillouard, n. 149 et les autorités citées *infrà*, note 3 ; Laurent, *loc. cit.*

(2) V. *infra*, n. 1257.

(3) Cass., 25 mars 1807, S. chr. — Cass., 3 déc. 1813, S. chr. — Cass., 28 déc. 1829, D., 30. 1. 68. — Cass., 19 déc. 1865, S., 66. 1. 301, D., 66. 1. 182. — Poitiers, 10 juin 1878, S., 79. 2. 109, D., 79. 2. 69. — Daniels, Conclusions sous Cass. 25 mars 1807, précité ; Toullier, VI, n. 72 ; Duranton, XVIII, n. 423 et 428; Troplong, n. 145 s. ; Accarias, n. 157 ; Pont, II, n. 702 s ; Aubry et Rau, IV, p. 671, § 622, note 25 ; Guillouard, n. 149 et 166. — *Contra* Merlin, *Rép.*, v° *Trans.*, § 5, n. 4 ; Pochonnet, *Rev. prat.*, 1856, p. 196. — Cpr. Larombière, art. 1110, n. 27 (qui paraît soutenir dans le même passage les deux opinions). — V. aussi Paris, 20 janv. 1886, S., 86. 2. 234 (cet arrêt, sans se préoccuper des textes, dit que, la convention qui alloue une indemnité à un directeur de société anonyme pour le cas de révocation étant nulle, la transaction qui, après la révocation, intervient sur le chiffre de l'indemnité, est également nulle). — Gayot de Pitaval, *Causes célèbres*, V, éd. 1739, p. 159, rapporte un arrêt du parlement de Paris du 4 déc. 1638, qui, statuant sur une transaction faite avec les héritiers collatéraux par un légataire universel, décide que si un enfant fait plus tard reconnaître sa filiation, il n'a droit à sa réserve que déduction faite d'une somme proportionnelle à celle payée aux collatéraux.

ticle 2054, qui n'a pas été modifié, continue à comprendre l'erreur de droit. Mais ces arguments sont sans importance en présence de l'article 2052, qui exclut d'une manière absolue l'erreur de droit comme cause de nullité.

Ainsi la transaction a été faite en exécution d'un testament olographe non daté ; l'héritier avoue qu'il a eu connaissance du titre, mais il prétend avoir ignoré qu'un testament olographe non daté fût nul, et il demande la nullité de la transaction sur le fondement de cette erreur : l'article 2052 alinéa 2 ne permettra pas de l'écouter.

Il faut donc supposer (c'est le seul cas auquel puisse s'appliquer l'art. 2054) que la partie qui attaque la transaction allègue une erreur de fait : par exemple elle prétend avoir transigé sans avoir vu le testament, ou en ignorant qu'il était révoqué par un testament postérieur (1), ou qu'il était affecté d'une cause de nullité (2), ou que les légataires avaient renoncé (3) ; ou une transaction est faite sur une marque de fabrique dans l'ignorance qu'elle était tombée dans le domaine publique (4).

Dans tous ces cas la demande sera admise. Mais elle ne le sera pas, comme le dit le texte, si les parties ont transigé sur la nullité. Notamment un héritier ne peut attaquer un testament (par exemple comme faux) si, pour recevoir la délivrance d'un legs particulier contenu dans ce testament, il a renoncé à toute action en nullité (5).

1248 *bis*. Le demandeur en nullité devra-t-il prouver son erreur, en supposant qu'il y ait contestation sur ce point? Il le devrait, d'après le droit commun (art. 1315) ; car c'est là un élément indispensable au succès de sa demande. Mais on conçoit que cette preuve aurait présenté d'extrêmes difficultés ; aussi la loi le dispense-t-elle de la fournir; elle se contente de son affirmation qu'elle tient pour vraie. Inutilement le défendeur offrirait-il de prouver par les preu-

(1) Larombière, *loc. cit.*
(2) Larombière, *loc. cit.*
(3) Larombière, *loc. cit.*
(4) Cass. req., 28 fév. 1905, S., 1905. 1. 212, D., 1905. 1. 168.
(5) Cass. req., 15 déc. 1902, D., 1904. 1. 209. — Guénée, *Note*, D., 1904. 1. 209.

ves les plus convaincantes que son adversaire connaissait la nullité du titre ; la loi repousse cette preuve ; elle autorise en effet l'action en nullité fondée sur une erreur de fait, *à moins que les parties n'aient expressément transigé sur la nullité*. Le demandeur peut donc dire à son adversaire : « Il ne suffit pas que vous prouviez que j'ai traité connaissant la nullité du titre ; il faut, pour faire rejeter ma demande, que vous démontriez que nous avons expressément traité sur la nullité. A défaut de cette preuve, la loi croit mon affirmation ; elle la présume sincère ; et c'est là une de ces présomptions dont parle l'article 1352, qui n'admettent pas la preuve contraire, ou du moins qui n'en admettent pas d'autre (outre celle que la loi aurait réservée) que l'aveu exprès de la partie, ou son aveu tacite résultant de son refus de prêter serment. »

Tel est, à notre avis, le sens de l'article 2054. Pour exprimer clairement ce qu'on a voulu dire, il aurait fallu le rédiger de la manière suivante : « Il y a lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsque, par suite d'une erreur de fait, elle a été conclue en exécution d'un titre nul. L'erreur de fait se présume au profit du demandeur qui l'allègue, sauf la preuve contraire résultant soit des termes mêmes de la transaction, soit de l'aveu du demandeur, soit de son refus de prêter serment. »

1249. Deuxième application. « *La transaction faite sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses, est entièrement nulle* » (art. 2055).

Voici l'espèce prévue et réglée par ce texte. J'ai une difficulté avec vous, et nous sommes sur le point d'entrer en procès ; à l'appui de votre prétention, vous invoquez contre moi des *pièces* (actes écrits, authentiques ou sous seing privé) qui sont fausses en réalité, mais que par une erreur de fait je crois sincères ; sur le vu de ces pièces je transige avec vous ; puis plus tard la fausseté des pièces est établie. Je pourrai demander la nullité relative de la transaction pour cause d'erreur et non pas la nullité absolue pour défaut de cause (1).

(1) Accarias, n. 161 s.; Pont, II, n. 701 ; Aubry et Rau, IV, p. 671, § 422,

En effet, si j'avais su que les pièces étaient fausses, je n'aurais certainement pas transigé, ou j'aurais transigé dans des conditions toutes différentes; mon consentement a donc été vicié par une erreur substantielle, qui m'autorise à demander la nullité.

Il n'y aurait plus d'erreur, et par suite je ne pourrais plus attaquer la transaction, si la fausseté des pièces m'était connue au moment où j'ai transigé. C'est ce qui résulte très formellement du mot *depuis*, qui a été inséré après coup dans notre article, sur la demande du conseiller d'Etat Jollivet. Dans cette hypothèse, j'ai transigé en connaissance de cause ; et après tout la transaction peut avoir une base, car la fausseté des pièces n'implique pas nécessairement l'inexistence du droit auquel elles se réfèrent ; le droit peut exister indépendamment des pièces, et c'est sur ce droit, abstraction faite des pièces, que j'ai entendu transiger.

Dans l'espèce que nous venons de proposer pour expliquer l'article 2055, nous avons supposé qu'une seule partie était dans l'erreur relativement à la fausseté des pièces. Il peut arriver que l'erreur soit commune aux deux parties, et alors elle pourra engendrer une double action en nullité, en supposant que la pièce fausse ait été pour chaque partie le motif déterminant de la transaction.

1250. Le juge qui annule une transaction pour la cause qui nous occupe, doit l'annuler dans toutes ses parties (1), et non pas seulement, comme on le décidait en droit romain (2) et dans notre ancien droit français (3), sur les chefs qui ont été directement déterminés par les pièces fausses. C'est la pensée qu'ont entendu exprimer les rédacteurs du Code (les travaux préparatoires en font foi) par ces mots *la transaction est entièrement nulle*, qui ne signifient pas, comme on pourrait le penser au premier abord, que la transaction est inexistante. Le législateur a voulu consacrer une conséquence du

note 4 ; Guillouard, n. 152 et 166. — Cpr. Cass., 14 août 1877, S., 78. 1. 174. D., 78. 1. 298. — *Contra* Magnier, *Rev. crit.*, 1858, p. 81 s.

(1) Accarias, n. 158 ; Pont, II, n. 718 ; Aubry et Rau, IV, p. 671, § 422. note 6 ; Laurent, XXVIII, n. 420 ; Guillouard, n. 151.

(2) L. 42, C., *De trans.*, 2. 4.

(3) Domat, liv. I, tit. 13, sect. 2, n. 4.

principe de l'indivisibilité des transactions, principe qu'il ne formule nulle part en termes absolus, mais qu'il semble sous-etnendre ici (1). En effet tout se tient dans une transaction ; les différentes clauses qu'elle renferme sont solidaires les unes des autres, et il sera la plupart du temps conforme à l'intention des contractants d'anéantir la transaction tout entière, du moment qu'il n'est pas possible de la laisser subsister dans toutes ses parties (2). Mais, à la différence des autres cas de nullité, celui-ci ne laisse pas aux tribunaux le droit de décider que, d'après l'intention des parties, la nullité doit être partielle. Cela se justifie mal (3). On a dit cependant qu'il était dangereux de laisser ce droit aux tribunaux (4). Mais alors pourquoi le leur a-t-on laissé dans les autres cas?

1251. Troisième application. « *La transaction sur un pro-* « *cès terminé par un jugement passé en force de chose* « *jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point con-* « *naissance, est nulle. — Si le jugement ignoré des parties* « *était susceptible d'appel, la transaction serait valable* » (art. 2056). Ces deux solutions sont empruntées au droit romain (5) et à l'ancien droit (6).

Ainsi j'ai une contestation avec vous; nous plaidons, et je triomphe ; la décision judiciaire qui me donne gain de cause a, nous le supposons, l'autorité définitive de la chose jugée, c'est-à-dire qu'elle est en dernier ressort, ou, si elle a été rendue par un tribunal jugeant en premier ressort, elle n'est plus susceptible aujourd'hui d'être attaquée par les voies ordinaires de recours : la loi comprend l'une et l'autre hypothèse dans la formule : *un jugement passé en force de chose jugée*. Cette décision judiciaire, qui tranche définitivement

(1) V. *infra*, n. 1280 s.
(2) Exposé des motifs de Bigot-Préameneu, Fenet, XV, p. 110.
(3) Laurent, XXVIII, n. 420.
(4) Guillouard, n. 152.
(5) L. 7 et 11, D., *De trans.*, 2. 15.
(6) Despeisses, *Des Contrats*, 4e p., tit. 11, sect. V, n. 7 (qui cite Parlement de Paris, 27 nov. 1524 et 16 septembre 1608, et Cour des Aides de Paris, 1540) Domat, liv. I, tit. XIII, sect. II, n. 7. — V. cep. Argou, II, p. 460, liv. IV, ch. X.

notre différend, fait-elle obstacle à une transaction? Non; car je puis estimer en conscience que le jugement a été trop favorable à ma cause, et me croire par suite obligé moralement de sacrifier une partie des avantages qu'il consacre à mon profit. Je puis donc valablement transiger *en connaissance de cause* sur un différend qu'une sentence judiciaire a tranché définitivement en ma faveur (1). Les auteurs mêmes qui prétendent le contraire admettent que le contrat vaut comme renonciation, vente ou échange.

Cette hypothèse n'est pas celle qui est prévue par notre article; il suppose que le jugement, tranchant définitivement le litige, était ignoré, au moment de la transaction, des parties ou de l'une d'elles. Pour y arriver, modifions un peu l'espèce précédente : supposons qu'après avoir gagné mon procès, je vienne à mourir, et que mon héritier, ignorant la sentence judiciaire que j'ai obtenue, transige avec vous. Il pourra faire rescinder la transaction. Certes il n'aurait pas transigé, s'il avait connu, comme le dit Berlier, « le titre irréfragable qui rendait sa condition meilleure » (2). Il y a ici chez l'une des parties une erreur substantielle qui l'autorise à demander la rescision. Cette solution se justifie donc d'elle-même (3).

L'erreur n'est plus considérée comme substantielle, et ne peut plus par suite servir de fondement à une demande en nullité de la transaction, si le jugement ignoré de la partie gagnante était encore, au moment du contrat, susceptible d'être attaqué par une voie ordinaire de recours. Il restait encore un doute sur l'issue définitive du litige, car le jugement pouvait être réformé sur l'opposition ou sur l'appel et peut-être la connaissance de ce jugement n'eût-elle pas empêché la transaction (4). Néanmoins il eût été préférable d'au-

(1) Cass., 8 therm. an X, S. chr. — Cass. req., 12 nov. 1902, S., 1905. 1.14. — Pont, II, n. 721. — *Contra* Laurent, XXVIII, n. 422; Guillouard, n. 158. — Notre solution était celle de l'ancien droit (Argou, II, liv. IV, tit. X, éd. 1771, p. 460), — mais non celle du droit romain, L. 32, C., *De trans.*, 2. 4.

(2) Fenet, XV, p. 95.

(3) Guillouard, n. 155.

(4) Exposé des motifs de Bigot-Prénameneu, Fenet, XV, p. 111.

toriser l'action en nullité [1], car il est certain que la partie, entraînée par son erreur, a fait des sacrifices qu'elle n'eût pas faits si elle eût connu le jugement.

L'éventualité d'une voie extraordinaire de recours (pourvoi en cassation, requête civile) n'empêcherait pas l'application de l'article 2056, parce qu'elle ne fait pas peser sur l'issue définitive du litige la même incertitude que l'éventualité d'une voie ordinaire [2]. Cela résulte des travaux préparatoires [3]. Toutefois les parties peuvent transiger sur les moyens du pourvoi [4].

Pour nous résumer, nous dirons : L'ignorance d'un jugement, qui n'était plus susceptible d'être attaqué par une voie ordinaire de recours, autorise la partie gagnante à faire rescinder la transaction relative au litige que ce jugement a tranché. Nous aurions préféré cette rédaction à celle de l'article 2056.

La nullité est fondée sur l'erreur et non pas, comme on l'a prétendu, sur le défaut de cause, — puisqu'elle suppose essentiellement l'erreur [5], — ni sur la fausse cause [6].

1252. Quatrième application. « *Lorsque les parties ont tran-* « *sigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient* « *avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et* « *qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point* « *une cause de rescision, à moins qu'ils n'aient été retenus* « *par le fait de l'une des parties ; — Mais la transaction serait* « *nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté,* « *par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties* « *n'avait aucun droit* » (art. 2057).

La loi suppose que, postérieurement à la transaction, l'on

(1) Laurent, XXVIII, n. 21 ; Guillouard, n. 156.

(2) Duranton, XVIII, n. 431 ; Troplong, n. 155 ; Laurent, XXVIII, n. 421 ; Guillouard, n. 157.

(3) Exposé des motifs, précité.

(4) Exposé des motifs, précité ; Guillouard, n. 157.

(5) Accarias, n. 161 s. ; Pont, II, n. 701 ; Aubry et Rau, IV, p. 671, § 422, note 4 ; Guillouard, n. 166, qui dit le contraire, n. 155. — *Contra* Magnier, *Rev. crit.*, 1858, p. 81 s.

(6) *Contra* Larombière, art. 1131, n. 10.

découvre des titres opposables à l'une des parties [1], et desquels il résulte que cette partie n'avait aucun droit ; la question posée est celle de savoir si l'autre partie pourra faire rescinder la transaction. La loi répond en substance : La transaction pourra être rescindée dans tous les cas, si les titres découverts ont été retenus par le fait de la partie qu'ils condamnaient. Toutefois il en est autrement de la transaction faite sur ce dol même [2]. Ces hypothèses écartées, il faut distinguer. La découverte des titres sera une cause de rescision pour la partie dont ils confirmaient les prétentions, s'il s'agit d'une transaction spéciale, c'est-à-dire d'une transaction se référant spécialement à la question que résolvent les titres découverts ; il est clair, en effet, que, dans cette hypothèse, le consentement de la partie n'est que le résultat de son erreur [3]. Mais il n'y aura pas lieu à la rescision, si les parties ont transigé sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, ou même seulement, à notre avis, sur une série d'affaires ; car il n'est pas démontré dans ce cas que la connaissance du titre découvert aurait empêché la transaction, et, d'autre part, il faudrait, à cause de l'indivisibilité du contrat, annuler la transaction tout entière, ce qui serait fâcheux. Ce dernier motif est donné par Bigot-Préameneu [4].

Il s'agit d'une nullité relative [5], ainsi que le montrent les termes de l'article 2057 (*rescision*). Certains auteurs, se basant sur ce que, d'après Bigot-Préameneu, la nullité provient de ce « qu'il n'y a pas de question douteuse qui puisse

(1) Il a été décidé que si après une transaction intervenue sur une prétendue dette on découvre un testament par lequel le créancier lègue sa créance à un tiers, il n'y a pas là un titre qui annule la transaction contre le débiteur. — Cass. req., 10 août 1888, S., 89. 1. 457. — Cela va de soi.

(2) Cass., 18 mai 1836, S., 36. 1. 457. — Pont, II, n. 728 ; Laurent, XXVIII, n. 425 ; Guillouard, n. 160.

(3) Ainsi est nulle la transaction, passée au cours d'une instance en bornage, par laquelle l'une des parties a abandonné à l'autre l'excédent de contenance contesté, si, par des titres découverts ensuite, la première démontre qu'elle avait droit à cet excédent. — Amiens, 2 mars 1899, *Rec. Amiens*, 99. 33.

(4) Exposé des motifs, Fenet, XV, p. 112.

(5) Accarias, n. 161 s. ; Pont, II, n. 701 ; Aubry et Rau, IV, p. 671, § 422, note 4 ; Guillouard, n. 166 (v. cep. n. 155).

être l'objet de la transaction » [1], veulent qu'il y ait nullité absolue pour défaut de cause [2], et c'est d'ailleurs ce que disent formellement d'autres passages des travaux préparatoires [3], mais cette opinion est contraire au texte.

1253. On reconnaît d'ailleurs que la nullité provenant de ce que l'une des parties a retenu les pièces est une nullité pour cause de dol [4].

1254. L'article 2058 dispose : « *L'erreur de calcul dans « une transaction doit être réparée.* »

Il résulte de là que l'erreur de calcul ne donne jamais lieu à la nullité de la transaction [5].

L'erreur de calcul commise dans l'exposition des prétentions ne donne pas lieu à réparation [6]. Bigot-Préameneu le dit [7] et cela tient à ce que, les prétentions ne constituant pas la convention elle-même, les parties ont pu écouter, sans y attacher l'importance nécessaire, leurs prétentions respectives.

En tout cas, l'erreur commise, avant les pourparlers de la convention, par une partie ne doit pas être réparée [8].

1255. La transaction reposant sur une erreur commise par une partie à propos du montant de ses droits est valable. L'erreur sur l'étendue des droits des parties n'est pas, en effet, une erreur sur la substance de l'objet et par conséquent n'annule pas la transaction [9].

Nous avons examiné plus haut, à propos de la définition du contrat, si l'erreur relative au point de savoir soit si une con-

(1) Exposé des motifs, Fenet, XV, p. 111.

(2) Magnier, *loc. cit.* ; Guillouard, n. 159.

(3) Rapport d'Albisson au Tribunat, Fenet XV, p. 119 ; Discours de Gillet au Corps législatif, Fenet XV, p. 127.

(4) Guillouard, n. 160.

(5) Guillouard, n. 161.

(6) Guillouard, n. 163. — *Contra* Pont II, n. 739 ; Laurent, XXVIII, n. 411.

(7) Exposé des motifs, Fenet, XV, p. 112.

(8) Cass., 16 juin 1875, D., 77. 1. 71. — Guillouard, n. 164.

(9) Paris, 7 juin 1851, S., 51. 2. 638, D. 53. 2. 55. — Pont, II, n. 698. — *Contra* Guillouard, n. 137. — Décidé cependant que la transaction faite par la veuve d'un ouvrier tué dans l'ignorance des causes de l'accident est nulle. — Caen, 4 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 92, 2. 645.

testation aurait chance de succès, soit si une contestation existe, entraîne la nullité de la transaction ([1]).

1256. L'erreur sur les motifs n'est pas non plus une cause de nullité ([2]).

1257. « *Elles* [les transactions] *ne peuvent être attaquées* « *pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion* » (article 2052 al. 2).

En tant qu'il déclare les transactions non rescindables pour cause de lésion, ce texte ne fait que leur appliquer le droit commun (v. art. 1118). Il est donc inutile ([3]).

La transaction n'est pas rescindable pour cause de lésion, même si elle est faite pour un mineur, c'est-à-dire que, si les formalités nécessaires ont été observées, la rescision n'est pas possible ([4]).

L'article 888 contient peut-être en matière de partage une exception à l'article 2052 ([5]).

L'article 2052 déroge au droit commun, lorsqu'il déclare que les transactions ne peuvent être attaquées pour erreur de droit ; car, dans les autres conventions, l'erreur de droit peut être une cause de nullité ou rescision, aussi bien que l'erreur de fait. Le motif de cette exception, s'il y en a un, est que dans la pratique on ne transige guère sur une contestation sans s'être éclairé préalablement auprès d'hommes compétents sur les divers points de droit qu'elle pouvait soulever ([6]). Une erreur de droit est donc peu probable ; la loi

([1]) V. *supra*, n. 1202.

([2]) Trib. civ. La Réole, 5 nov. 1890, *Rec. Bordeaux*, 91. 3. 5 (transaction faite sous l'impulsion de la crainte d'être poursuivi pour un délit de chasse, alors que cette poursuite ne pouvait pas avoir lieu). — Cependant il a été décidé que la transaction faite sur l'intérêt civil d'un délit dans la fausse pensée que cette transaction arrêterait l'action publique est nulle pour *erreur sur la cause*. — Paris, 9 avril 1889, *Journ. du minist. public*, 89. 176.

([3]) Laurent, XXVIII, n. 408 ; Guillouard, n. 143. — Il s'explique par une reproduction du droit romain (L. 78, § 16, D., *ad Sct. Trebel.*, 36. 1) et de Domat, liv. I, tit. XIII, sect. II, n. 5.

([4]) Cass., 20 déc. 1881, S., 83. 1. 71, D., 82. 1. 334. — Alger, 17 mars 1874, S., 75 2. 52. — Duranton, XVIII, n. 426 ; Troplong, n. 12 et 140 ; Accarias, n. 106 ; Pont, II, n. 686 : Laurent, XXVIII, n. 410 ; Guillouard, n. 145.

([5]) V. notre *Tr. des succ.*, 3e éd., III, n. 3474 s.

([6]) Accarias, n. 154 ; Pont, II, n. 681 ; Laurent, XXVIII, n. 405 ; Guillouard, n. 134.

présume qu'il n'en a point été commis, et cette présomption n'admet pas la preuve contraire.

Bigot-Préameneu se fonde à tort sur ce que l'erreur de droit n'est pas une cause de nullité des contrats (1). Gillet s'attache uniquement à justifier cette différence entre la transaction et le jugement (2).

On a exigé de justifier autrement l'article 2052, alinéa 2. On a dit qu'il est impossible de savoir si les parties ont commis une erreur de droit ou ont connu leur droit (3), que la transaction suppose un doute et par là même l'examen du droit (4), qu'on ne comprendrait pas que les parties pussent faire annuler par jugement un acte destiné à tenir lieu de jugement (5). Toutes ces raisons pourraient être également invoquées pour l'erreur de fait, qui cependant annule la transaction.

1258. Il y a erreur de droit si une personne, qui transige sur ses droits héréditaires, s'est, à raison de connaissance insuffisante de textes et des principes, trompée sur la nationalité du défunt et ses conséquences (6).

SECTION IV

DE L'OBJET ET DE LA CLAUSE DANS LA TRANSACTION

1259. L'objet et la cause se confondent dans la transaction comme dans tout autre contrat synallagmatique.

L'objet de la transaction doit être tout d'abord de trancher une contestation née ou susceptible de naître ; le droit en d'autres termes doit être douteux (7).

La transaction est nulle pour défaut de cause si les droits

(1) Exposé des motifs, Fenet, XV, p. 108.
(2) Discours au Corps législatif, Fenet, XV, p. 128.
(3) Larombière, art. 1110, n. 26.
(4) Larombière, *loc. cit.*
(5) Larombière, *loc. cit.*
(6) Cass. civ., 25 oct. 1892, S., 93. 1. 505, D., 93. 1. 17 (cet arrêt paraît même décider que l'erreur sur la nationalité est nécessairement une erreur de droit).
(7) V. *supra*, n. 1200 s.

sur lesquels elle a eu lieu n'étaient pas douteux et si les parties savaient qu'ils ne l'étaient pas (1).

Il appartient au juge du fait de décider souverainement si ces droits étaient douteux (2).

Cependant une transaction intervenue dans ces circonstances est valable comme donation déguisée si les parties ont voulu respectivement faire et recevoir une libéralité (3).

D'autre part la transaction est valable alors même que le droit n'était pas douteux, si les parties le croyaient douteux (4).

Mais, ainsi que nous l'avons montré plus haut, la transaction est nulle pour défaut d'objet, si les parties croyaient à l'existence d'une contestation qui, en réalité, ne s'est pas produite (5).

La transaction est également nulle, pour défaut de cause, si, la contestation ayant été tranchée par un jugement définitif, les droits ont cessé d'être douteux. Toutefois les difficultés qui peuvent résulter de l'exécution justifient une transaction (6).

1260. En disant que, pour transiger, il faut avoir la capacité de *disposer* du droit sur lequel on transige, l'article 2045 nous dit implicitement qu'il faut que ce droit soit susceptible d'être l'objet d'un acte de disposition. Comme l'a fort exactement remarqué le tribun Gillet, la capacité de disposer présuppose nécessairement la disponibilité de l'objet.

L'objet doit donc être certain (7).

1261. De là il résulte aussi que l'objet doit être licite (8); les droits qui sont hors du commerce ou qui sont d'ordre public ne sont donc pas susceptibles de transaction (9). —

(1) Cass. civ., 2 juil. 1895, S., 95. 1. 311.

(2) Cass. civ., 2 juil. 1895, précité.

(3) V. *supra*, n. 1200.

(4) V. *supra*, n. 1202.

(5) V. *supra*, n. 1202.

(6) Cass. req., 12 nov. 1902, D., 1902. 1. 566 (faire cesser une concurrence que l'exécution du jugement ne suffirait pas à arrêter).

(7) Guillouard, n. 61.

(8) Guillouard, n. 61 et 76.

(9) Guillouard, n. 61. — Une ordonnance de Charles IX (1560) portait déjà : « Nous autorisons toutes les transactions qui sont sans dol et sans fraude pas-

Ainsi on ne peut pas par transaction renoncer aux qualités constitutives de l'état des personnes (1); par exemple on ne peut transiger sur la nationalité (2), sur la filiation soit légitime, soit naturelle (3), sur une demande en interdiction (4), sur la validité d'un mariage (5), sur l'organisation de la tutelle (6).

On ne peut pas non plus par transaction renoncer à contester l'état des personnes (7) ; la raison de décider est la même : l'état n'est pas dans le commerce, et l'objection que la loi est favorable à la jouissance libre de l'état ne repose sur aucun texte. Il est vrai qu'en certains cas la renonciation au droit de critiquer l'état des personnes est valable (C. civ. 180 s., 312 s) ; mais ce sont des solutions exceptionnelles, d'ailleurs justifiées par l'idée que, dans ces cas, l'action est accordée spécialement en faveur de certaines personnes, lesquelles ont pu ainsi sans injustice recevoir le droit d'y renoncer.

sées entre nos sujets majeurs, dans les choses qui sont dans leur commerce et disposition. »

(1) Cass., 12 juin 1838, S., 38. 1. 695. — Cass., 27 fév. 1839, S., 39. 1. 161. — Cass., 13 nov. 1883, S., 84. 1. 328, D., 84. 1. 103. — Rennes, 12 fév. 1824, S. chr.. D. *Rép.*, v° *Transact.*, n. 72. — Trib. civ. Marseille, 26 janv. 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 1. *Suppl.*, 66. — Troplong, n. 67 ; Demolombe, V. n. 314 s. ; Laurent, XXVIII, n. 356 ; Guillouard, n. 67 et 68; Planiol, II, n. 2289.—*Allemagne*, Regelsberger, Holtzendorff's *Rechtslexikon*, v° *Vergleich*. — *Autriche*, C. civ., § 1382. — V. *infra* n. 1273 et 1281.

(2) Guillouard, n. 68.

(3) Cass., 12 juin 1838, précité. — Guillouard, n. 68 et auteurs précités. — Décidé cep. que l'enfant naturel peut transiger sur le droit de réclamer son état. — Paris, 3 juil. 1812, S. chr. — Aix, 16 juin 1836, S., 37. 2. 25. — Le Code civil espagnol (art. 1814) dit qu'on ne peut transiger « sur l'état civil des personnes ».

(4) Guillouard, n. 68.

(5) Arrêt de 1658, cité par Gayot de Pitaval, *Causes célèbres*, III, p. 185. — Laurent, XXVIII, n. 358 s. ; Guillouard, n. 72 ; Regelsberger, *loc. cit.* — V. déjà en ce sens l'affaire Doros jugée dans l'ancien droit, Gayot de Pitaval. *Causes célèbres*, IX, éd. 1752, p. 218 et 242 (avec le plaidoyer de Me de Blaru et les conclusions de l'avocat général Portail).

(6) Laurent XXIII, n. 358 s. ; Guillouard, n. 72 s.

(7) Cass., 9 mai 1864, S., 64. 1. 305, D., 64. 1. 409. — Cass., 13 nov. 1883, S.. 84. 1. 328, D., 84. 1. 103. — Demolombe, V, n. 333 ; Accarias, n. 93 et 94 ; Pont, II, n. 599 ; Laurent, XXVIII, n 356 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 280 *bis*, III ; Guillouard, n. 69. — *Contra* Cass., 13 avril 1820, S. chr. — Limoges, 5 janv. 1842, S., 42. 2. 484. — Troplong, n. 69.

A plus forte raison une transaction sur celles des questions d'état où le ministère public a le droit d'agir, ne paralyserait-elle pas son action [1].

1261 *bis*. On ne peut pas transiger sur l'organisation de la puissance paternelle [2]. Ainsi le père ne peut renoncer à son droit de garde. Il ne peut pas non plus renoncer au droit de réclamer le droit de garde qu'un jugement, en cas de divorce ou de séparation de corps, avait confié à la mère [3]. Mais il peut renoncer à revendiquer ce droit de garde capricieusement, car il ne fait ainsi que reconnaître que le jugement relatif à la garde ne peut pas être modifié sans raisons sérieuses [4].

1262. Nous trouvons une nouvelle application du principe dans l'article 2046 : « *On peut transiger sur l'intérêt « civil qui résulte d'un délit. — La transaction n'empêche « pas la poursuite du ministère public.* » Il résulte implicitement, mais très formellement, de ce texte qu'on ne peut pas transiger sur l'action publique résultant d'un délit, et il faut entendre par ce mot toute infraction à la loi pénale [5]. Le coupable ne peut transiger sur cette action, ni avec le particulier qui a été lésé par l'infraction [6], ni avec le ministère public lui-même, qui est institué pour exercer l'action publique au nom de la société et non pour en trafiquer ; l'action publique est hors du commerce.

Dans l'ancien droit, des ordonnances interdisaient aux seigneurs justiciers de transiger sur les amendes, avant que la condamnation ne fût prononcée, pour ne pas retarder la punition des crimes [7]. Quant aux simples particuliers, ils ne pouvaient, par une transaction, arrêter l'action publique [8].

(1) Cpr. Garsonnet, *Tr. de proc.*, I, p. 332, § 84.
(2) Laurent, XXVIII, n. 358 s.; Guillouard, n. 72 s.
(3) Cass. req., 24 nov. 1903 (impl.), D., 1905. 1. 358.
(4) Cass. req., 24 nov. 1903, précité.
(5) Guillouard, n. 64.
(6) En Allemagne, on admet que le particulier peut transiger sur son action, à moins qu'en fait, cette transaction ne soit immorale, *C. gén. pruss.*, I, 16, § 416, *C. civ., du roy. de Saxe*, § 1410. — Le nouveau C. civ. ne règle pas la question. — En Autriche, la solution est la même (C. civ., § 1384).
(7) *Confér. des ordon.*, liv. XI, tit. III. — Argou, liv. IV, ch. X, II, p. 459.
(8) V. sur les difficultés que cette théorie souleva dans le Roussillon, où l'usage

L'engagement de payer une somme contre la promesse de retirer une plainte est une transaction illicite [1]; on ne peut le considérer comme une transaction sur les intérêts civils d'un délit.

1263. Par exception, certaines administrations publiques, notamment celles des douanes (ord. 30 janv. 1822, art. 10), des contributions indirectes (décr. 5 germ. an XII, art. 23, ord. 3 janv. 1821, art. 10), des forêts (C. for. 159, L. 18 juill. 1859), et des postes (Ord. 19 fév. 1843, L. 4 juin 1859, art. 9) ont le droit de transiger sur l'action publique résultant des délits spéciaux dont la poursuite leur appartient, par la raison que les peines ont été édictées, en ces matières, dans l'intérêt du trésor, c'est-à-dire pour un motif qui n'est pas entièrement d'ordre public [2].

1264. D'autre part il résulte très formellement de l'article 2046 que les particuliers peuvent transiger sur les dommages-intérêts résultant d'un délit.

Cette solution dérive de l'ancien droit [3].

On peut donc transiger sur les dommages-intérêts provenant d'une injure. Cela était déjà admis dans l'ancien droit [4]. Les particuliers peuvent même renoncer à porter plainte ou retirer leur plainte [5], car ils n'entravent pas ainsi l'action du ministère public.

La transaction sur les dommages-intérêts pouvant résulter d'un dol ou d'une faute lourde est nulle si elle précède le délit [6] ; car elle équivaut à une renonciation anticipée aux

contraire avait été introduit par la domination espagnole, Dupré Lasalle, Le conseil souverain de Roussillon et Dona Thérésa de Béarn, le *Droit* du 20 fév. 1846 et *Discours et Réquisitoires*, 1886, p. 49 s.

[1] Trib. civ. Seine, 10 nov. 1887, *Gaz. Pal.*, 88. 1, *Suppl.*, 127.

[2] Pont, II, n. 587 ; Laurent, XXVIII, n. 354 ; Guillouard, n. 65.

[3] Argou, liv. IV, ch. X, II, p. 460.

[4] Dareau *Tr. des injures*, ch. X, sect. I, n. 9, p. 443 (éd. Fournel, 1785, II, p. 386).

[5] Paris, 17 nov. 1898, *Droit*, 1er juillet 1899. — Trib. civ. Seine, 7 nov. 1899, *Gaz. Trib.*, 12 déc. 1899.

[6] Ainsi décidé pour la transaction entre le maître et l'entrepreneur au sujet des vices de construction qui viendront à être constatés. — Alger, 11 déc. 1903, *Journ. trib. alg.*, 30 nov. 1904.

conséquences du délit, c'est-à-dire à une clause partielle de non-responsabilité.

1265. Peut-on transiger sur un impôt ? La jurisprudence admet la négative, par la raison que la perception des impôts intéresse essentiellement l'ordre public (1).

Cette solution est très contestable (2). L'impôt est sans doute le patrimoine de l'État, mais l'État peut transiger sur son patrimoine; le domaine public seul ne peut faire l'objet d'une transaction, mais cela tient à ce qu'il ne peut être aliéné ; or le produit de l'impôt est une somme d'argent dont la destination est d'être aliénée pour subvenir aux besoins de l'État. La preuve que l'argument qu'on voudrait tirer de l'aliénabilité du domaine public serait inexact, c'est que l'aliénabilité entraîne à sa suite l'imprescriptibilité, et que l'impôt est toujours prescriptible.

Sans doute aussi l'impôt est d'ordre public en ce sens que les contribuables ne peuvent être dispensés de le payer ; mais la transaction a cet effet que le redevable est considéré comme n'étant débiteur que de la somme mise par la transaction à sa charge.

C'est surtout en matière d'enregistrement que la question a été soulevée (3).

1266. On peut transiger sur un prêt usuraire (4), mais cette transaction ne met pas obstacle à la poursuite du ministère public (5).

La transaction est même autorisée avant que le débiteur ne soit complètement libéré (6). La loi ne dit pas le contraire.

(1) Cass. civ., 13 mars 1895 (3 arrêts), S., 95. 1. 465 et 513, D., 95. 1. 521. — Trib. civ. Seine, 19 nov. 1892 (2 jug.), *Rép. pér. de l'enreg.*, n. 8011 et 8012. — La même solution a été adoptée par des décisions administratives. V. les autorités citées par M. Wahl, *Note*, S., 95. 1. 465, § 1, n. 1.

(2) Wahl, *Note*, S., 95. 1. 465 et *Tr. de dr. fiscal*, II, n. 505.

(3) V. à cet égard Wahl, *loc. cit.*

(4) Cass., 29 mai 1828, S. chr. — Cass., 21 nov. 1832, S., 33. 1. 95. — Cass. civ., 9 fév. 1836, S., 36. 1. 88. — Limoges, 29 déc. 1854, D., 55. 2. 145. — Trib. com. Angoulême, 26 août 1893, *Rec. Bordeaux*, 94. 2. 61. — Pont, II, n. 589 ; Aubry et Rau, IV, p. 662, § 420, note 12 ; Guillouard, n. 66. — *Contra* Argou, *loc. cit.*

(5) Trib. com. Angoulême, 26 août 1893, précité.

(6) Cass. civ., 9 fév. 1836, S., 36. 1. 88. — Guillouard, n. 66. — *Contra* Cass. req., 16 nov. 1836, S., 36. 1. 960. — Guillouard, n. 66.

On peut, à la vérité, craindre que le créancier ne profite de sa créance pour imposer au débiteur des conditions très dures; mais si le débiteur a agi sous l'empire d'une violence morale, il peut demander la nullité de la transaction.

1267. La transaction est nulle quand elle a pour but de rendre valable un contrat nul pour des motifs d'ordre public (1).

La transaction sur une dette de jeu est donc nulle, quand cette dette ne donne pas lieu à une action en justice (2).

Ainsi encore une transaction intervenue sur une substitution prohibée ne peut, à peine de nullité, maintenir à la charge du grevé l'obligation de conserver et de rendre (3).

1268. En droit romain, on ne pouvait transiger sur un procès jugé, à moins qu'il n'y eût ou qu'il ne pût y avoir appel. Aujourd'hui encore on ne peut transiger que dans certains cas sur un procès tranché définitivement (4).

1269. On peut transiger sur les droits pécuniaires attachés à l'état (5), par exemple sur des droits d'hérédité (6); car les droits pécuniaires ne sont pas en général d'ordre public ; on peut d'ailleurs invoquer par analogie la solution donnée par la loi à propos des transactions faites sur les délits. Ce principe est admis en doctrine et en jurisprudence, mais il est d'une application délicate, parce qu'il y a un lien étroit entre l'état et les droits qui s'y rattachent. La transaction sur les droits héréditaires d'un

(1) Cass , 17 janv. 1881 ou 1882, S., 82. 1. 160. — Cass. civ., 18 déc. 1893, S., 95. 1. 70, D., 94. 1. 64 (transaction sur des billets souscrits pour prix de complaisance coupable). — Argou, liv. IV, ch. X, II, p. 459. — V. *infra*, n. 1274.

(2) V. *supra*, n. 133.

(3) Cass. req., 8 nov. 1892, S., 94. 1. 500.

(4) V. *supra*, n. 1251.

(5) Cass., 24 juill. 1835, S., 36. 1. 238. — Cass., 29 mars 1852, S., 52. 1. 385, D., 54. 1. 392. — Cass., 9 mai 1855, S., 56. 1. 743, D., 55. 1. 228. — Cass., 14 fév. 1857, S., 57. 1. 779. — Aix, 12 déc. 1839, S., 40. 2. 176. — Aix, 27 mars 1890, *Pand. franç.*, 90. 2. 282, *Gaz. Pal.*, 90. 1. 601. — Trib. civ. Seine, 21 avril 1887, *Pand. franç.*, 90. 2. 272. — Trib. civ. Marseille, 26 janv. 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 1, *Suppl.*, 66. — Troplong, n. 64; Demolombe, V, n. 333 et 334; Pont, II, n. 592 ; Aubry et Rau, IV, p. 662, § 620, note 16 ; Laurent, XXVIII, n. 356 ; Guillouard, n. 70.

(6) V. Regelsberger, *loc. cit.*, et les auteurs et arrêts précités.

enfant adultérin est, par suite de ce principe, valable (1).

1270. On ne peut transiger sur un droit de sépulture (2), non pas, comme on l'a soutenu, parce qu'il n'est pas du domaine privé (il appartient, au contraire, au cessionnaire), mais parce qu'il est essentiellement personnel.

1271. Les transactions ayant pour objet d'établir une séparation de fait entre deux époux ou d'introduire quelque modification à cette séparation est nulle (3).

1272. On ne peut, par une transaction, diminuer le montant d'une pension alimentaire due en vertu de la loi ou d'une libéralité. Le droit romain (4) et l'ancien droit (5) donnaient déjà cette solution ; elle ne nous paraît pas plus douteuse aujourd'hui (6), quoique l'opinion contraire ait été soutenue (7), et que certains en exceptent les aliments dus en vertu d'une donation ou d'un testament, restreignant notre solution aux aliments dus en vertu de la loi (8). L'argument historique est fort sérieux ; en outre les aliments légaux sont dus pour des motifs d'ordre public, et les aliments provenant d'une libéralité sont indisponibles, puisque l'article 581 du Code de procédure interdit aux créanciers de les saisir ; ils ne peuvent donc faire l'objet d'une transaction. Du reste, on ne comprendrait pas que l'article 1004 du Code de procédure interdît le compromis relatif à une dette d'aliments

(1) Cass., 29 mars 1852, précité. — Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, art. 762, n. 3.

(2) Bordeaux, 9 mai 1883, S., 84. 2. 75. — Guillouard, n. 75.

(3) Cass., 14 juin 1882, S., 82. 1. 421, D., 83. 1. 248. — Guillouard, n. 74.

(4) L. 8, pr., D., *De trans.*, 2. 15 ; L. 8, C., *De trans.*, 2. 4.

(5) Argou, liv. IV, chap. X (II, p. 458) (il prend pour exemple les legs d'aliments).

(6) Cass. req., 28 juill., 1903, S., 1905. 1. 9, D., 1904. 1. 37 (simpl.). — Cass. civ., 25 nov. 1902, S., 1903. 1. 353. — Paris, 7 floréal an XII, S. chr. — Bruxelles, 17 juin 1807, S. chr. — Reims, 18 décembre 1822, S. chr. — Douai, 1er février 1843, S., 43. 2. 188. — Bordeaux, 26 juillet 1855, S., 57. 2. 111. — Duranton, XVIII, n. 403 ; Marbeau, n. 112 ; Pont, II, n. 610 et 611 ; Aubry et Rau, IV, p. 663, § 420, note 21 ; Guillouard, n. 79 ; Denis, *Rapport*, D., 1904. 1. 37 ; Naquet, *Note*, S., 1905. 1. 9.

(7) Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 8, n. 2. — Cpr. Metz, 13 décembre 1822, S. chr.

(8) Troplong, n. 97 et 98 ; Laurent, XVIII, n. 366. — V. cep. Cass., 22 fév. 1831, S., 31. 1. 107, D. *Rép.*, v° *Trans.*, n. 82-2°.

si une transaction pouvait être faite au sujet de cette dette.

Tout en reconnaissant avec nous que la transaction est nulle, un auteur soutient que, cependant, elle vaut pour le présent, et que la revision seule en est permise (1). Le motif qu'on en donne est que la pension est essentiellement variable; mais ce n'est pas une raison pour valider une transaction qui fixe la pension à un chiffre inférieur à celui qu'elle doit avoir ; on se demande au surplus quel est dans cette opinion le moment à partir duquel la nullité de la transaction peut être demandée.

On peut, au contraire, transiger sur les aliments constitués à titre onéreux (2); c'était déjà la solution du droit romain (3). L'argument historique fait défaut, il en est de même des arguments de texte. Enfin, on ne peut plus dire ici que la transaction menace d'enlever au créancier les ressources nécessaires à son existence.

Les aliments dus en vertu d'un jugement de divorce peuvent être considérés comme étant constitués à titre onéreux; car ils sont la réparation d'une faute, ne pouvant être dus que par l'époux contre lequel le divorce a été prononcé. Les aliments sont donc imperceptibles de transaction (4).

On objecte simplement que la pension due en vertu d'un divorce a un caractère alimentaire ; cela n'est pas suffisant pour justifier une distinction entre cette pension et les autres pensions constituées à titre onéreux.

On peut également transiger sur les arrérages échus d'une pension alimentaire (5), ainsi que le décidait l'ancien droit (6); ici encore, d'ailleurs, il ne s'agit pas de diminuer les ressources nécessaires à l'existence du créancier.

Pour la même raison, on peut transiger sur le mode de prestation des aliments à échoir (7).

(1) Naquet, *loc. cit.*

(2) Cass. req., 28 juil. 1903, précité (impl.). — Guillouard, n. 79.

(3) L. 8, § 2, D., *De trans.*, 2. 15.

(4) Cass. req., 28 juil. 1903, précité. — Denis, *loc. cit.* — *Contra* Naquet, *loc. cit*

(5) Pont, II, n. 611 ; Aubry et Rau, IV, p. 664, § 420, note 22 ; Guillouard, n. 79.

(6) Argou, *loc. cit.*

(7) Guillouard, n. 79.

On peut transiger sur les sûretés qui garantissent le payement d'une pension alimentaire [1]. Ni les textes ni la tradition historique n'interdisent cette transaction et d'ailleurs, s'il est essentiel que le créancier ne perde pas le droit aux aliments, il peut souvent, sans inconvénient pour lui-même et tout en gardant la certitude d'être payé régulièrement, se dessaisir des sûretés qui sont l'accessoire de sa créance.

1273. La transaction est nulle quand elle porte en même temps sur une question d'ordre public et sur les intérêts pécuniaires qui y sont attachés [2].

Elle est donc nulle quand elle intervient soit au sujet d'une question d'état et des droits pécuniaires qui y sont attachés [3], soit au sujet de la demande en restitution de biens délivrés à un légataire universel que l'héritier prétend être interposé et dissimuler un incapable [4].

1274. On ne peut transiger sur les conventions immorales [5].

En vertu de l'immutabilité des conventions matrimoniales (C. civ. 1395), on ne peut transiger sur un contrat de mariage pendant le mariage [6].

(1) Caen, 9 juil. 1862, S., 63. 2. 103. — *Contra* Lyon, 28 avril 1869, S., 70. 2. 52. — Trib. civ. Arcis-sur-Aube, 20 nov. 1873, *Journ. conserv. hypoth.*, n. 2795 et 2824. — Trib. civ. Seine, 17 août 1890, *Rev. hypoth.*, 1890, p. 113. — Guillouard, n. 79.

(2) Cass. civ., 27 fév. 1839, S., 39. 1. 161, D. *Rép.*, v° *Transaction*, n. 78. — Cass. req., 21 avril 1840, S., 40. 1. 873, D. *Rép.*, v° *Transaction*, n. 76. — Cass. civ., 5 fév. 1895, S., 95. 1. 121, D. 95. 1. 199. — Cass. civ., 25 nov. 1901, S., 1903. 1. 353. — Trib. civ. Tours, 23 juin 1891, *Gaz. Pal.*, 91. 2. 240. — Troplong, n. 68 ; Demolombe, V, n. 517 ; Accarias, n. 93 ; Pont, II, n. 593 ; Aubry et Rau, IV, p. 662, § 420, note 17 ; Laurent, XXVIII, n. 357 ; Guillouard, n. 71 et 76 ; Huc, XII, n. 307. — V. *infra*, n. 1281.

(3) V. les autorités précitées.

(4) Cass. civ., 5 fév. 1895, S., 95. 1. 121, D., 95. 1. 199. — *Notes*, D. 93. 2. 201. S., 95. 1. 121 ; Planiol, II, n. 2290. — *Contra* Orléans, 3 août 1892, S., 95. 1. 121 (sous Cass.), D., 93. 2. 201 (cet arrêt prétend qu'une pareille transaction règle seulement les intérêts pécuniaires ; c'est une erreur certaine et la preuve que l'interposition de personnes fait en partie la matière de la transaction, c'est que l'arrêt déclare lui-même que la transaction a éteint l'action en déclaration d'interposition).

(5) Cass. civ., 18 déc. 1893, S., 95. 1. 70, D., 94. 1. 64 (transaction sur la récompense de complaisances coupables) ; Planiol, *loc. cit.* (id.). — V. *supra*, n. 1267.

(6) Guillouard, n. 73.

1275. On ne peut pas non plus transiger sur la demande en réduction du prix d'une cession d'office, fondée sur la production d'états mensongers (1), ni sur l'exécution d'une contre-lettre en matière de cession d'office (2).

1276. On ne peut transiger sur la chose d'autrui (3), puisque cette transaction conduit à une aliénation et que l'article 1599 interdit la vente, et, comme conséquence, toute aliénation à titre onéreux de la chose d'autrui.

Nous indiquerons ultérieurement les conséquences de la nullité (4).

1277. La transaction peut porter sur des choses futures ou conditionnelles ou des droits non encore ouverts (5) ; on peut citer comme exemple les transactions sur les conséquences éventuelles d'un accident (6).

Toutefois la transaction est nulle si elle porte sur une succession future (7).

1278. On ne peut transiger sur les biens qui composent le domaine public de l'État, des départements et des communes (8).

1279. La transaction est nulle non pas seulement quand les parties sont d'accord sur la nature de l'acte qui fait l'objet de la transaction et que la transaction intervient sur le

(1) Cass., 6 décembre 1852, S., 53. 1. 116, D., 53. 1. 118. — Cass., 19 février 1856, S., 56. 1. 529. — Orléans, 17 août 1853, S., 55. 2. 568, D., 55. 2. 225. — Orléans, 31 mars 1855, S., 56. 1. 529 (sous Cass.). D., 55. 2. 225. — Bourges, 18 novembre 1890, S., 92. 2. 241. — Orléans, 13 février 1891, S., 92. 2. 241, D., 92. 2. 93. — Pont, II, n. 601 ; Aubry et Rau, IV, p. 663, § 420, note 19 ; Guillouard, n. 76 ; Planiol, *loc. cit.* — V. cep. Paris, 7 mars 1857, S., 57. 2. 196, D., 57. 2. 100.

(2) Cass., 7 juillet 1841, S., 41. 1. 571. — Cass., 29 juin 1848, S., 48. 1. 450, D., 48. 1. 310. — Cass., 5 novembre 1856, S., 56. 1. 916, D., 56. 1. 397. — Paris, 15 février 1840, S., 40. 2. 81. — Accarias, n. 89; Pont, II, n. 601; Aubry et Rau, IV, p. 663, § 420, note 19 ; Laurent, XXVIII, n. 362 ; Guillouard, n. 76.

(3) Pont, II, n. 576 ; Guillouard, n. 63.

(4) V. *infra*, n. 1285.

(5) Cass., 31 décembre 1835, S., 36. 1. 189. — Aubry et Rau, IV, p. 662, 420, note 11 ; Laurent, XXVIII, n. 353 ; Pont, II, n. 588 ; Guillouard, n. 62.

(6) V. *infra*, n. 1287.

(7) Lyon, 26 mars 1886, *Mon. jud. Lyon*, 22 juillet 1886 (transaction sur le rapport d'une libéralité).

(8) Cass. req., 7 novembre 1892, S., 93. 1. 365, D., 93. 1. 61 (mur de soutènement qui est l'accessoire d'un chemin communal). — Guillouard, n. 75.

point de savoir si les actes sur lesquels la transaction est interdite sont illicites, mais encore quand les parties transigent sur le point de savoir si l'acte est de telle nature que la loi le prohibe ou si au contraire il est licite (1). Dans cette seconde hypothèse aussi bien que dans la première, le but ou l'effet de la transaction est d'empêcher une action en nullité qui est d'ordre public et à laquelle, par conséquent, les parties ne peuvent pas renoncer. En vain dit-on que dans ce cas les parties ne reconnaissent pas la nullité de l'acte ; cela importe peu, pourvu que cette nullité existe.

Il y a donc lieu d'annuler la transaction sur le point de savoir si une libéralité constitue une substitution ou un legs (2), la transaction sur le point de savoir si une rente est féodale ou foncière (3), la transaction sur le point de savoir si une personne gratifiée est gratifiée en son nom personnel ou comme représentant un incapable (4).

SECTION V

CARACTÈRES DE LA NULLITÉ DES TRANSACTIONS

1280. A la différence des jugements et quoique la loi assimile à un certain point de vue la transaction au jugement (5), la transaction est, en général, indivisible et ne peut être annulée que pour le tout (6); car les parties, par cela même

(1) *Contra* Demolombe, XVIII, n. 186; Aubry et Rau, VII, p. 327, § 694, note 76.

(2) Cass., 8 novembre 1892, S., 94. 1. 500. — *Contra* Caen, 16 nov. 1855 (motifs), S., 58. 2. 190. — Demolombe, *loc. cit.*; Aubry et Rau, *loc. cit.*

(3) *Contra* Cass., 5 juil. 1810. S. chr. — Cass., 26 juillet 1823, S. chr. — Merlin, *Quest.*, v° *Rente foncière*, § 22.

(4) Cass. civ., 5 février 1895, précité. — *Contra* Orléans, 3 août 1892, précité.

(5) V. *infra*, n. 1290 s.

(6) Cass., 9 fév. 1830, S., 31. 1. 339. — Cass., 27 fév. 1889, S., 39. 1. 161, D. *Rép.*, v° *Trans.*, n. 78. — Cass., 21 avril 1840, S., 40. 1. 873, D. *Rép.*, v° *Trans.*, n. 76. — Cass. req., 2 juillet 1888, S., 88. 1. 421, D., 89. 1. 184 (transaction par un mandataire qui a excédé ses pouvoirs). — Cass. civ., 4 nov. 1903, S., 1904. 1. 209. — Caen, 14 mars 1844, S., 44. 2. 499. — Aix, 11 juillet 1888, S., 89. 2. 113 (transaction par laquelle les héritiers d'un associé cèdent à un autre associé les droits de leur auteur). — Paris, 14 avril 1892, *Gaz. Trib.*, 6 septembre 1892 (mineur). — Merlin, *Rép.*, v° *Transaction*, § 5; Marbeau, n. 23; Troplong, n. 133 ; Accarias, n. 151 ; Pont, II, n. 643; Aubry et Rau, IV, p. 666, § 421, note 13; Laurent, XXVIII, n. 400; Naquet, *Note*, S., 89. 2. 113; Guil-

qu'elles ont fait des sacrifices réciproques, ont entendu que ces sacrifices sont la condition les uns des autres et ne peuvent subsister les uns sans les autres. On objecte à tort qu'en principe, la nullité d'un contrat n'influe pas sur la validité d'un autre contrat contenu dans le même contexte : car ces deux contrats sont indépendants l'un de l'autre; au contraire, quand on transige sur divers intérêts, il est à présumer que chacune des parties a cru trouver dans l'un des objets de la transaction, la compensation des sacrifices qu'elle a consentis sur un autre objet. Notre solution résulte aussi de l'article 2055, d'après lequel la transaction sur pièces fausses est *entièrement nulle*, et de l'article 2057, qui maintient la transaction quand des titres inconnus sont découverts qui concernent un seul des objets de la transaction. A ces textes on a répondu par l'article 2046 du Code civil, d'après lequel on peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. Mais il ne résulte aucunement de l'article 2046 que la transaction sur un délit et les conséquences civiles, passée dans un même contexte, soit valable pour le second objet. Enfin les travaux préparatoires sont formels (1).

En droit romain (2) et dans l'ancien droit (3), on décidait le contraire.

L'intention des parties peut faire décider le contraire au juge du fait, lequel est souverain sur ce point (4), sauf dans le cas de transaction sur pièces fausses (5).

louard, n. 19, 108 et 157. — *Contra* Pilon, *Note*, S., 1903. 1. 353. — V. *supra*, n. 1273.

(1) « On doit voir dans une transaction des parties corrélatives et lors même que les divers points sur lesquels on a traité sont indépendants quant à l'objet, il n'en est pas moins incertain s'ils ont été indépendants quant à la volonté de contracter et si les parties eussent traité séparément sur tous les points » (Locré, XV, p. 424; Fenet, XV, p. 110).

(2) L. 42, C., *De trans.*, 2. 4.

(3) Domat, liv. I, tit. XIII, sect. 2, n. 4.

(4) Cass., 9 février 1830, S., 31. 1. 339. — Cass., 2 juillet 1888, précité. — Cass. req., 3 décembre 1889, S., 90. 1. 160, D., 91. 1. 76 (il peut déclarer que la rescision ne peut être prononcée au profit de mineurs sans que les majeurs soient dégagés). — Troplong, n. 133; Accarias, n. 151, note 2; Pont, II, n. 644; Aubry et Rau, IV, p. 666, § 421, note 12; Laurent, XXVIII, n. 401 ; Naquet, *loc. cit.*; Guillouard, n. 20 et 167.

(5) V. *supra*, n. 1250.

1281. De ce qui précède il résulte que si l'un des objets de la transaction est illicite, elle doit être annulée pour le tout (1).

La transaction qui a pour objet à la fois l'état et ses conséquences pécuniaires doit donc être annulée par le tout.

Il en est ainsi même si un prix distinct est applicable aux deux parties de la convention (2), sauf volonté contraire des parties (3).

1282. En tout cas, et si largement qu'on entende l'indivisibilité, les personnes au profit desquelles n'existe aucune cause de nullité ne peuvent demander la nullité du contrat en se prévalant des droits de leur cocontractant. Ainsi la communauté d'intérêts entre un capable et un incapable qui ont transigé avec des tiers, ne permet pas au capable d'invoquer l'incapacité de son cocontractant (4).

De même, si un incapable demande la nullité de la transaction, ceux qui avaient des intérêts communs avec l'incapable et ont joué le même rôle à la transaction ne peuvent être forcés par le tiers, vis-à-vis duquel l'incapable a fait annuler la transaction, à abandonner également le contrat (5).

Par suite la transaction annulée vis-à-vis de l'une des parties contre l'une des autres laisse subsister la transaction à l'égard des personnes étrangères à l'instance. Le caractère relatif de la chose jugée rend cette solution certaine (6).

1283. Nous ne pensons même pas qu'on puisse, en mettant en cause toutes les parties qui ont transigé, faire annuler à leur égard la transaction (7). Il est inadmissible que les con-

(1) Lyon, 26 mars 1886, *Mon. jud. Lyon*, 22 juil. 1886 (nullité de l'une des clauses comme faite sur une succession future).

(2) Troplong, Demolombe, Pont, Aubry et Rau, Laurent, Guillouard, *loc. cit.*

(3) Pont, Laurent, Guillouard, *loc. cit.*

(4) Naquet, *loc. cit.* ; Guillouard, n. 21. — V. cep. Aix, 11 juill. 1888, précité. — V. *supra*, n. 1240.

(5) *Contra* Aix, 11 juil. 1888, précité. — Guillouard, n. 21 ; Naquet, *loc. cit.*

(6) Cass., 25 nov. 1834, S., 35. 1. 664. — Les auteurs qui admettent sur la question suivante la solution contraire ne paraissent cependant pas la rejeter pour cette hypothèse.

(7) Accarias, n. 151. — *Contra* Cass. civ., 4 nov. 1903, S., 1904. 1. 209. — Aix, 11 juil. 1838, précité. — Trib. civ. Seine, 3 déc. 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 2. 680. — Naquet, *Note*, S., 89. 2. 113 ; Guillouard, n. 21 ; Lyon-Caen, *Note*, S., 1904. 1. 209.

tractants soient victimes d'une cause de nullité qui n'est pas leur fait. Ainsi, au cas où l'un d'eux a exercé un dol sur l'autre, il est contraire aux principes de rendre tous les contractants responsables du dol. On a objecté à tort l'indivisibilité des transactions ; cette indivisibilité est fondée sur la volonté des parties, et elles n'ont évidemment pas songé à régler l'influence du vice du consentement de l'une d'elles sur le contrat ; les travaux préparatoires et le fondement même de l'indivisibilité ne laissent pas de doute sur ce point. Et dans le système que nous combattons, pourquoi restreindre l'application de l'indivisibilité au cas où toutes les parties sont en cause ? Du reste, s'il est, comme nous l'avons montré, naturel que les sacrifices réciproques des parties soient tous anéantis à la fois, il ne l'est pas que le sort de chacune des parties détermine le sort de toutes les autres. Il est certain, objecte-t-on, qu'une personne n'aurait pas consenti à transiger avec une autre s'il lui était resté la perspective d'un procès avec une troisième ; n'est-ce donc rien que d'écarter l'un de ses adversaires ?

1284. Comme nous le dirons plus loin, la nullité de la transaction entraîne la nullité de la clause pénale (1).

1285. La nullité de la transaction qui porte sur la chose d'autrui, étant fondée sur les mêmes motifs que la nullité de la vente de la chose d'autrui, a les mêmes caractères ; elle peut être invoquée par les mêmes personnes et disparaît par les mêmes événements (2).

CHAPITRE III

ÉTENDUE ET INTERPRÉTATION DE LA TRANSACTION

1286. En général, les parties ne sont censées avoir transigé que sur des faits qu'elles ont pu prévoir (3).

(1) V. *infra*, n. 1294 s.
(2) Guillouard, n. 63.
(3) Cass., 17 nov. 1812, S. chr. — Cass., 19 nov. 1851, D. 51. 1. 320. — Lyon, 14 janvier 1870, S., 71. 2. 270, D., 76. 5. 448. — Guillouard, n. 121.

La loi formule à cet égard deux règles d'interprétation empruntées au droit romain (1) et à Domat (2), qui ne sont guère que la reproduction de celles établies au titre *Des obligations* par les articles 1156 et 1163.

Art. 2048. « *Les transactions se renferment dans leur* « *objet; la renonciation qui y est faite à tous droits, actions* « *et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au diffé-* « *rend qui y a donné lieu.*

Art. 2049. « *Les transactions ne règlent que les différends* « *qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient mani-* « *festé leur intention par des expressions spéciales ou généra-* « *les, soit que l'on connaisse cette intention par une suite* « *nécessaire de ce qui est exprimé.* »

L'article 2050 nous fournira une application de même principe.

1287. La question de savoir si la victime d'un accident qui donne quittance d'une indemnité à la personne responsable de cet accident entend renoncer à toute action, même pour les conséquences futures de l'accident — ce qui est son droit, comme nous l'avons vu —, est une question de fait (3); en principe, la négative doit être admise, parce que nul ne peut être présumé renoncer à un droit et parce que la transaction ne peut être étendue au delà de son objet. Si donc l'accident a des suites plus graves qu'on ne pouvait s'y attendre, une nouvelle action peut être exercée par la victime ou ses héritiers. En réalité, l'objet des deux actions est alors différent.

Par exemple, après la transaction faite par une personne pour les blessures qui lui ont été causées, ses héritiers peuvent intenter une nouvelle action si des blessures entraînent ensuite la mort (4). La victime elle-même peut deman-

(1) L. 9, § 1. D., *De trans.*, 2. 15.

(2) Liv. I, tit. XIII, sect. 1, n. 3.

(3) Cass. civ., 23 février 1892, S., 92. 1. 313. — Cass. belg., 23 mai 1896, *Pas.*, 96. 1. 206.

(4) Aix, 29 janv. 1833, S., 34. 2. 286. — Paris, 11 juin 1864, S., 65. 2. 47. — Caen, 15 mai 1865, S., 65. 2. 264. — Paris, 11 août 1868, S., 69. 2. 72, D., 68. 2. 186. — Paris, 16 juil. 1870, S., 71. 2. 204, D., 71. 2. 169. — Amiens, 10 août 1881, S., 82. 2. 244, D., 82. 2. 176. — Amiens, 1er mars 1883, D., 84. 2. 150. — Poi-

der un supplément d'indemnité si son état s'aggrave (1).

Il en est ainsi même si la victime de l'accident déclare renoncer à toute action « tant pour le présent que pour l'avenir » (2), ou à tout recours « en cas de mauvaise suite » (3), ou déclare être fixée sur les conséquences de l'accident (4) ; car le juge du fait peut, en analysant les circonstances, admettre que ces expressions contiennent seulement renonciation à toute action pour les suites normales et prévues de l'accident. Mais il en est autrement quand la renonciation est faite quelles que puissent être les conséquences de l'accident (5) ; on ne peut alors annuler la transaction pour erreur sur l'objet (6).

tiers, 22 juill. 1890, *Gaz. Pal.*, 91. 2. *Suppl.*, 25. — Montpellier, 3 août 1892, *Gaz. Pal.*, 92. 1. 2e p., 2. — Paris, 7 juin 1894, D., 95, 2. 286. — Genève, 21 mai 1892, S., 92. 4. 30. — Trib. civ. Marseille, 10 avril 1887, *Rec. Aix*, 88. 143. — Trib. civ. Seine, 15 nov. 1889, *Gaz. Pal*, 90. 1. 67. — Trib. civ. Toulouse 28 janv. 1892, *Droit*, 3 mars 1892 (ce jugement invoque une erreur sur l'objet). — Bruxelles, 12 mars 1895, *Pas.*, 95. 2. 233 (même s'il est dit que la victime n'aura rien à faire valoir). — Trib. civ. Liège, 14 mars 1896, *Pas.*, 96 3. 159. — Trib. civ. Charleroi, 8 déc. 1900, *Pascr.* 1901. 3. 44. — Pont, II, n. 656 ; Aubry et Rau, IV, p. 665, § 421 ; Laurent, XXVIII, n. 390 ; Guillouard, n. 121. — V. cep. Cass. civ., 23 févr. 1892, S., 92. 1. 313 (impl.). — Besançon, 19 janv. 1898, S., 98. 2. 84. — Trib. civ. Saint-Etienne, 11 mai 1887, *Loi*, 22 juill. 1887. — Trib. civ. Seine, 19 avril 1893, *Loi*, 17 mai 1893. — C. Vaud, 27 nov. 1889, *Pand. franç.*, 91. 5. 4.

(1) Trib. civ. Gex, 16 nov. 1898, *Loi*, 22 mars 1899. — Lyon, 3 avril 1903, *Loi*, 8 juil. 1903. — Riom, 19 déc. 1899, *Rec. Riom*, 1900. 49. — Trib. com., Marseille, 19 janv. 1899, *Rec. Marseille*, 99. 1. 163. — Trib. civ. Seine, 30 mars 1899, *Gaz. Trib.*, 6 juin 1899.

(2) *Contra* Cass. civ., 23 févr. 1892, S., 92. 1. 313, D., 92. 1. 150 (le juge du fait ne peut décider le contraire). — Paris, 31 décembre 1895, D., 96. 2. 360. — *Note*, S., 92. 1. 313. — Ce qui enlève à l'arrêt de la cour de cassation une partie de son autorité, c'est qu'il a été rendu contrairement aux constatations des juges du fait. En fait il est très probable que la victime n'entendait pas renoncer à une action pour les conséquences *imprévues* de l'accident, puisqu'elle déclarait transiger *parce qu'elle était fixée sur les conséquences de l'accident*. — V. aussi en ce dernier sens Trib. civ. Seine, 14 avril 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 767.

(3) Amiens, 10 août 1881, S., 82. 2. 244 (cet arrêt s'appuie, en partie, sur ce que dans l'espèce la quittance était l'œuvre d'un tiers, et que le blessé, illettré, ne pouvait en comprendre la portée). — Paris, 12 nov. 1892, *Gaz. Pal.*, 93. 1. 2e p., 22. — Genève, 21 mai 1892, S., 92. 4. 30.

(4) Trib. civ. Seine, 30 mars 1899, précité.

(5) Cass. civ., 29 juil. 1901. D., 1903. 1. 297. — Grenoble, 13 nov. 1900, D., 1903. 2. 145. — Paris, 7 nov. 1901, *Gaz. Pal.*, 1901. 2. 735. — Trib. civ. Saint-Nazaire, 8 mai 1900, *Droit*, 17 août 1900.

(6) V. *supra*, n. 1246.

Il appartient à la victime de démontrer que son état s'est aggravé ([1]).

1288. Comme tous les autres contrats, la transaction est souverainement interprétée par le juge ([2]).

Mais ici comme ailleurs le juge ne peut dénaturer la volonté certaine des parties ([3]).

1289. Les droits respectifs des tribunaux et de la cour de cassation restent les mêmes si la transaction est, à raison de l'incapacité d'une partie, soumise à l'homologation du tribunal ([4]) ; elle est, même en ce cas, une convention.

Il en est de même d'un jugement d'expédient ([5]).

([1]) Paris, 12 nov. 1892, précité.

([2]) Cass., 21 avril 1840, S., 40. 1. 873. — Cass., 20 juin 1841, S., 42. 1. 791. — Cass., 20 avril 1857, S., 57. 1. 694. — Cass., 21 déc. 1859, S., 60. 1. 449, D., 60. 1. 26. — Cass., 23 avril 1860, S., 60. 1. 848, D., 60. 1. 270. — Cass., 8 mai 1861, S., 61. 1. 716. — Cass., 19 déc. 1865, S., 66. 1. 301. — Cass., 19 avril 1870, D., 70. 1. 219. — Cass., 2 mars 1874, S., 74. 1. 311, D., 74. 1. 359. — Cass., 16 juin 1876, D., 77. 1. 71. — Cass., 17 janv. 1877, S., 77. 1. 312, D., 78. 1. 258. — Cass., 26 avril 1880, S., 81. 1 152, D., 81. 1. 12. — Cass., 25 juill. 1881, S., 82. 1. 168. — Cass., 7 août 1882, S., 83. 1. 24, D., 83. 1. 360. — Cass, 21 juill. 1884, D., 85. 1. 471. — Cass. req., 27 mars 1889, S., 92. 1. 455. — Cass., 3 déc. 1889, S., 90. 1. 160, D., 91. 1. 7. — Cass. civ., 23 fév. 1892, S., 92. 1. 313 (motifs). — Cass. req., 21 déc. 1892. D., 93. 1. 361 (l'abandon par un actionnaire de son action en responsabilité contre les gérants moyennant la libération partielle de ses actions peut être considéré comme entrainant adhésion au concordat conclu par les créanciers). — Cass. req., 23 mars 1897, S., 97. 1. 308, D., 97. 1. 256. — Cass. req., 16 janv. 1899, S., 99. 1. 320. — Trib. civ. Perpignan, 24 avril 1894, *Loi*, 27 oct. 1894. — Cass. belg., 23 mai 1896, *Pas.*, 96. 1. 206. — Aubry et Rau, IV, p. 565, § 421, notes 10 et 11 ; Laurent, XXVIII, n. 391 et 392 ; Denis, Rapport sous Cass. req., 21 déc. 1892, D., 93. 1. 361 ; Guillouard, n. 122. — V. *supra*, n. 1214.

([3]) Cass., 7 nov. 1812, S. chr. — Cass., 15 fév. 1815, S. chr. — Cass., 21 janv. 1835, S., 35. 1. 105. — Cass., 6 juill. 1836, S., 36. 1. 926. — Cass., 19 nov. 1851, D., 51. 1. 321. — Cass. civ., 23 févr. 1892, précité (une transaction conçue en termes absolus ne peut être jugée laisser intacte une action fondée sur l'aggravation de l'état de la victime). — Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Laurent, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.*

([4]) Cass., 20 avril 1857, S., 57. 1. 694, D., 57. 1. 396. — Guillouard, n. 123

([5]) Cass., 12 fév. 1878, S., 80. 1. 161. — Cass., 1er juill. 1879, S., 80. 1. 100. — Guillouard, n. 123.

CHAPITRE IV

EFFETS DES TRANSACTIONS

1290. Les parties qui transigent, nous l'avons déjà dit, jugent elles-mêmes le différend qui les divise ; la transaction remplace, dans leur pensée, le jugement qui serait intervenu si elles n'avaient pu parvenir à s'entendre ; il est donc assez naturel que la transaction produise un effet analogue au jugement, en ce sens qu'elle forme obstacle à tout examen judiciaire des questions qu'elle a tranchées. Est-ce une raison pour établir en principe dans un texte de loi, comme le fait l'article 2052 alinéa 1er, que « *Les transactions « ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en der- « nier ressort* » ? Nous ne le croyons pas, quoique divers auteurs approuvent la disposition de l'article 2052 (1).

Cette disposition a été empruntée à un rescrit célèbre des empereurs Dioclétien et Maximien (2). On y lit : *Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit...* Mais il est très probable que les empereurs entendaient ici beaucoup moins poser un principe général qu'établir une comparaison entre la chose jugée et la transaction, pour justifier la solution qu'ils donnaient sur l'espèce qui leur était soumise, et la formule de ce texte a été maladroitement reproduite par l'ancien droit (3), les travaux préparatoires (4) et le Code.

Les principes généraux formulés au titre *Des obligations* suffisaient (art. 1134). Il existe peut-être plus de différences que de ressemblances entre le jugement et la transaction ; et l'assimilation que la loi établit ici ne peut être qu'une source d'embarras pour l'interprète, obligé de déterminer les limites qu'il faut nécessairement lui assigner.

(1) Guillouard, n. 95 ; Pont, *Rev. crit.*, XXVIII, 1866, p. 289.
(2) L. 20, C., *De trans.*, 2. 4.
(3) Domat, liv. I, tit. XIII, sect. 1, n. 9.
(4) Exposé des motifs de Gillet, Fenet, XV, p. 128.

D'après Bigot-Préameneu [1], la ressemblance essentielle entre la transaction et le jugement est qu'ils ne peuvent être rescindés pour erreur de droit ; c'est une erreur matérielle, car la cause principale de la réformation des jugements est précisément l'erreur de droit. D'après Domat et le tribun Gillet [2], la transaction tient lieu de jugement parce qu'elle empêche un procès ; mais le but similaire de deux actes doit-il entraîner nécessairement similitude d'effets ? Pour d'autres, l'exception tirée de la transaction est analogue à l'exception de la chose jugée. Mais l'exception de la chose jugée n'est-elle pas elle-même analogue à l'exception tirée de tout autre contrat ? Pour d'autres encore, la transaction ressemble au jugement en ce qu'elle est déclarative comme lui. Cette solution, nous le verrons, se justifie tout autrement.

1291. Il y a d'ailleurs des différences importantes entre la transaction et le jugement : 1° Les jugements qui statuent sur plusieurs points litigieux peuvent être réformés sur quelques-uns de ces points seulement et maintenus pour le surplus. Au contraire, les transactions doivent, en général, et sauf le cas où les parties auraient manifesté une volonté contraire, être considérées comme formant un tout indivisible, de sorte qu'elles doivent être ou annulées pour le tout ou maintenues pour le tout (arg. art. 2055). C'est un point que nous avons déjà traité [3];

2° Les formes sont différentes ;

3° Le jugement ne peut intervenir que sur une contestation née, tandis que la transaction peut intervenir sur une contestation à naître ;

4° Le jugement peut être attaqué pour erreur de droit ou pour découverte de pièces nouvelles ; il en est autrement de la transaction ; c'est ce que nous venons de dire [4];

5° Le jugement ne peut être attaqué pour vice du consentement ; il en est autrement de la transaction ;

(1) Locré, XV, p. 421 ; Fenet, XV, p. 103.
(2) *Loc. cit.* — V. aussi Pont, II, n. 628 ; Guillouard, n. 95.
(3) V. *supra*, n. 1280 s.
(4) V. *supra*, n. 1290.

6° La transaction est attaquée par une action en nullité, le jugement par une des voies de réformation indiquées par le Code de procédure;

7° Les transactions n'emportent pas, comme les jugements, hypothèque judiciaire (1) et force exécutoire (2). Cependant ce dernier effet leur appartient si elles revêtent la forme authentique (3).

La ressemblance entre la transaction et le jugement est absolue à ces deux derniers points de vue, si la transaction a lieu sous la forme d'un jugement d'expédient.

1292. L'exception de transaction ne peut être invoquée pour la première fois en cassation (4). Cela tient, non pas, comme on le pense (5), à la ressemblance de cette exception avec l'exception de chose jugée, mais au principe que les moyens nouveaux qui ne sont pas d'ordre public ne peuvent être proposés pour la première fois en cassation.

1293. De ce que la transaction met fin au procès, il résulte que les actes de procédure tombent et que la partie qui se refuse à exécuter la transaction doit être à nouveau poursuivie par la voie d'une assignation en justice (6). Il en résulte aussi que le conflit d'attribution élevé sur le procès n'a pas de suite (7).

Mais c'est à tort qu'on (8) a rattaché ces solutions à l'autorité de la chose jugée. L'acquiescement ou le désistement ne les entraînent-ils pas également?

1293 *bis*. Comme tout contrat à titre onéreux et sous les mêmes conditions, la transaction peut être attaquée par les créanciers des parties (9).

(1) Pont, n. 650 et 651; Guillouard, n. 106.
(2) Guillouard, n. 106.
(3) Guillouard, n. 106.
(4) Cass. civ., 4 août 1891, S., 93. 1. 10. — Guillouard, n. 105.
(5) Guillouard, n. 105.
(6) V. Cass., 17 janv. 1870, D., 70. 1. 247. — Guillouard, n. 105.
(7) Trib. conflits, 31 oct. 1885, D, 87. 3. 36. — Trib. conflits, 22 janv. 1837 D., 88. 5. 112 — Guillouard, n. 105.
(8) Guillouard, n. 105.
(9) Nancy, 12 fév. 1898, D., 99. 2. 86.

SECTION PREMIÈRE

CARACTÈRE OBLIGATOIRE DE LA TRANSACTION. CLAUSE PÉNALE

1294. Les parties contractantes sont tenues d'accomplir les prestations auxquelles elles se sont soumises par la transaction (1). Cela ne se rattache pas à l'assimilation entre la transaction et le jugement (2), puisque tout contrat produit cet effet.

Souvent, pour mieux assurer l'exécution de la transaction, les parties y joignent une clause pénale : « *On peut ajouter* « *à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui* « *manquera de l'exécuter* », dit l'article 2047. Ce texte, emprunté à Domat (3), est inutile (4); il ne fait que consacrer une déduction des règles du droit commun qui doit, à notre avis, s'appliquer ici de tous points.

Aussi l'article 2047 doit-il s'interpréter d'après le droit commun (5) ; d'ailleurs le passage de Domat, auquel est emprunté l'article 2047, montre que le jurisconsulte entendait faire une simple application du droit commun.

La peine peut être stipulée pour le cas où l'une des parties attaquerait la convention (6). Elle est alors due seulement si cette partie est battue, comme nous allons le voir. Mais ce n'est pas attaquer la convention que faire rectifier une erreur de calcul (7).

1295. La peine peut être stipulée pour simple retard, par application de l'article 1229 (8).

Conformément à l'article 1229, on ne peut demander à la

(1) Guillouard, n. 104.
(2) Guillouard, n. 104.
(3) Liv. I, tit. XIII, sect. 1, n. 7.
(4) Pont, II, n. 615; Laurent, XXVIII, n. 380; Guillouard, n. 124.
(5) Guillouard, n. 125.
(6) V. les auteurs cités *infra*, n. 1295.
(7) Bastia, 6 févr. 1837, S., 37. 2. 448. — Troplong, n. 104; Guillouard, n. 128. — *Contra* Laurent, XXVIII, n. 382.
(8) Cass., 23 déc. 1873, S., 74. 1. 219, D., 75. 1. 23. — Pont, II, n. 618; Guillouard, n. 126.

fois le principal et la peine, sauf si elle a été stipulée pour simple retard ([1]).

La partie qui attaque la convention et sort vaincue doit la peine qu'elle s'était engagée à payer pour le cas où elle attaquerait la convention ([2]), ainsi que le disait Pothier ([3]). Il n'y a pas cumul du principal et de la peine, car l'obligation principale ne portait pas sur l'objet de la transaction, elle consistait à ne pas attaquer l'obligation.

1296. Par application du droit commun, la nullité de la transaction entraîne la nullité de la clause pénale ([4]).

Il suit de là que si une demande en nullité est dirigée contre la transaction, la peine n'est pas immédiatement encourue; elle ne le sera que si la transaction est reconnue valable ([5]).

1297. La transaction, étant un contrat synallagmatique, est sujette à résolution pour cause d'inexécution des conditions ([6]) (C. civ. 1184). La solution contraire du droit romain ([7]) ne peut plus être admise aujourd'hui. On objecte l'analogie entre la transaction et le jugement ; mais cette analogie n'est pas une identité. On dit encore que l'action résolutoire fait renaître le procès que la transaction voulait éviter; ce n'est pas une raison pour déroger à un texte formel et surtout à la volonté de chacune des parties, sur laquelle repose ce texte, de soumettre son engagement à l'exécution de l'engagement de l'autre partie.

([1]) Demolombe, XXVI, n. 659; Larombière, art. 1229, n. 5; Laurent, XVII, n. 659 et XVIII, n. 381 ; Guillouard, n. 125. — *Contra* Marbeau, n. 180; Accarias, n. 139.

([2]) Troplong, n. 103 s. ; Larombière, art. 1229, n. 5 ; Pont, II, n. 621 s. ; Aubry et Rau, IV, p. 667, § 421, note 14 ; Guillouard, n. 127.

([3]) N. 348. — Voir aussi L. 10, § 1, D., *De pact.*, 2. 14; L. 122, D., *De verb. oblig.*, 45. 1.

([4]) Guillouard, n. 128.

([5]) Pont, II, n. 622 et 623 ; Aubry et Rau, IV, p. 167, § 421, note 15 ; Laurent, XXVIII, n. 382 ; Guillouard, n. 128.

([6]) Cass., 16 juil. 1875, D., 76. 1. 199 (motifs). — Pont, II, n. 461 ; Laurent, XXVIII, n. 328 (qui dit le contraire, n. 429) ; Guillouard, n. 8, 130 et 131. — *Contra* Accarias, n. 80.

([7]) L. 33, C., *De transact.*, 2. 4.

Dans tous les cas l'action résolutoire est admise dans la transaction si elle a été formellement stipulée [1].

SECTION II

DES PERSONNES AUXQUELLES LA TRANSACTION EST OPPOSABLE

1298. La transaction éteint ou étouffe dans son germe la contestation qui lui a donné naissance. Si l'une des parties veut soulever ou renouveler cette contestation en intentant contre l'autre une action en justice, celle-ci pourra la faire repousser en opposant une exception tirée de la transaction, l'exception dite *litis per transactionem finitæ*. Cette exception est analogue à celle qu'engendre soit la chose jugée (*exceptio rei judicatæ*), soit tout contrat, et ses conditions sont les mêmes [2]. Il faut donc, pour qu'elle puisse être opposée, que la nouvelle contestation ait le même objet que celle qui a été tranchée par la transaction, et qu'elle s'élève entre les mêmes parties procédant en la même qualité (arg. art. 1351).

a. — Il faut que la nouvelle contestation ait le même objet que la précédente ; la loi pose à cet égard quelques règles d'interprétation que nous avons indiquées [3].

b. — Il faut que la nouvelle demande soit entre les mêmes parties agissant en la même qualité. C'est par application de ce principe que l'article 2051 dispose : « *La transaction faite* « *par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés, et* « *ne peut être opposée par eux.* » On a vu là une application de l'assimilation entre la transaction et la chose jugée (C. civ. 1351) ; c'est à tort, car aucun contrat n'est opposable aux tiers et ne peut être invoqué par eux (C. civ. 1165). Ainsi, de deux colégataires d'un même immeuble, l'un transige sur la validité du testament, qui est contestée par l'héritier ; la transaction ne pourra être invoquée ni par l'autre légataire ni contre lui.

(1) Laurent, XXVIII, n. 430 ; Guillouard, n. 131.
(2) Bordeaux, 23 mai 1892, D., 94. 2. 11. — Guillouard, n. 96.
(3) V. *supra*, n. 1286.

L'héritier, de même, n'est pas lié par la transaction de son cohéritier (1).

La transaction faite entre les héritiers et le légataire universel ne lie pas davantage les légataires particuliers (2).

De même encore la transaction faite par un propriétaire sous condition résolutoire n'est pas opposable au propriétaire sous condition suspensive (3). La transaction faite par le grevé de substitution n'est donc pas opposable aux appelés (4); car d'une part les droits de ces derniers sont indépendants de ceux du premier; d'autre part l'ouverture de la substitution entraîne une résolution rétroactive des droits du grevé, et anéantit par conséquent les actes qu'il a passés. L'ordonnance de 1747 (tit. II, art. 53), à la vérité, conférait au grevé le droit de transiger, mais sous certaines restrictions, et d'ailleurs cette ordonnance n'est plus en vigueur.

L'héritier réservataire agissant en vue de maintenir intacte sa réserve n'est pas lié par la transaction provenant du défunt (5) ; on sait, en effet, que sa réserve le rend indépendant du défunt.

1299. Le principe souffre cependant plusieurs exceptions. Ainsi le tribun Albisson fait allusion à une exception concernant les codébiteurs solidaires (6) et qui est celle-ci : la transaction faite avec l'un des débiteurs solidaires peut être invoquée par les autres (7) (arg. art. 1208, 1285 et 1365) ; mais elle ne peut pas leur être opposée (8).

(1) Cass., 4 mars 1810, S. chr. — Cass., 2 janv. 1877, S., 77. 1. 172, D., 77. 1. 13. — Guillouard, n. 98.

(2) Cass., 3 janv. 1883, S., 83. 1. 349, D., 83. 1. 457. — Argou, II, p. 458, liv. IV, ch. X ; Duranton, XVIII, n. 417 ; Guillouard, n. 98.

(3) Accarias, n. 127 ; Guillouard, n. 102. — Pour l'hypothèse inverse, v. *infra*, n. 1300.

(4) Marbeau, n. 117 s. ; Accarias, n. 127 ; Laurent, XVI, n. 566 ; Guillouard, n. 102. — *Contra* Demolombe, XXII, n. 560.

(5) Cass., 5 mars 1867, S., 67. 1. 208, D., 68, 1. 70. — Guillouard, n. 101.

(6) Rapport au Tribunat, Fenet, XV, p. 118.

(7) Cass. civ., 2 juill. 1883, S., 90. 1. 501 (impl.) et les auteurs cités à la note suivante.

(8) Duranton, XVIII, n. 420 ; Marbeau, n. 263 ; Troplong, n. 125 et 126 ; Pont, II, n. 673 s ; Aubry et Rau, IV, p. 664, § 421, notes 1 et 2 ; Guillouard n. 99.

La même distinction doit être faite pour les créanciers solidaires (1).

La transaction faite par le créancier ou le débiteur d'une dette indivisible ne peut être opposée aux autres créanciers ou débiteurs (2). Mais elle ne leur profite pas davantage (3), car ils n'ont pas reçu mandat de se représenter les uns les autres.

La transaction faite par le débiteur principal peut, aussi bien que toute autre convention, que le serment ou que l'autorité de la chose jugée, être invoquée par la caution (4), qui a le droit de se prévaloir de toutes les exceptions inhérentes à la dette. Domat donnait cette solution (5), qui avait été reproduite par le projet du Code (6) et supprimée comme inutile (7).

Mais la transaction faite par le débiteur principal ne peut être opposée à la caution (8). Le même passage des travaux préparatoires supprimé comme inutile, disposait en ce sens.

1300. Les tiers peuvent se prévaloir d'une transaction faite en leur faveur, dans les conditions où l'article 1121 valide la stipulation pour le compte d'autrui (9).

On conclut de là que le propriétaire sous condition suspensive peut se prévaloir de la transaction émanant du propriétaire sous condition résolutoire (10), parce qu'il est évi-

(1) Guillouard, n. 99.

(2) Duranton, XVIII, n. 418 ; Troplong, n. 127 ; Accarias, n 132 ; Aubry et Rau, IV, p. 664, § 421, note 5 ; Guillouard, n. 99.

(3) Accarias, *loc. cit.* ; Guillouard, *loc. cit.* — *Contra* Duranton, Troplong, Aubry et Rau, *loc. cit.*

(4) Trib. civ. Lyon, 17 juill. 1890, *Ann. dr. com.*, IV, 1890, p. 211 (motifs). — Troplong, n. 128 ; Pont, II, n. 409 et 410 ; Aubry et Rau, IV, p. 665, § 421, note 6 ; Guillouard, n. 100. — V. *supra*, n. 1156.

(5) Liv. I, tit. XII, sect. 1, n. 8.

(6) Fenet, XV, p. 93.

(7) Discussion au Conseil d'État, Fenet, XV, p. 97.

(8) Cass., 10 juill. 1849, S., 49. 1. 577, D., 49. 1. 327. — Ponsot, *Tr. du caut.* n. 359 ; Troplong, n. 507 et 508 ; Pont, II, n. 411, 412 et 671 ; Aubry et Rau, IV, p. 665, § 421, note 7 ; Guillouard, n. 100.

(9) Cass., 26 fév. 1884, D., 84. 1. 395. — Trib. civ. Lyon, 16 déc. 1887, *Pand. franç.*, 88. 2. 52. — Guillouard, n. 103.

(10) Guillouard, n. 103.

dent que ce dernier a entendu stipuler pour le premier. L'erreur nous paraît certaine.

1301. L'article 2050 ne fait que tirer une déduction de la proposition formulée par l'article 2051 (1) et par conséquent il aurait dû logiquement venir après: « *Si celui qui avait tran-* « *sigé sur un droit qu'il avait de son chef, acquiert ensuite* « *un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est* « *point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la tran-* « *saction antérieure.* » Ainsi, en reprenant l'une des espèces proposées tout à l'heure, le colégataire qui a seul transigé devient héritier de l'autre ; il ne pourra pas invoquer la transaction pour la part de celui-ci dans le legs, et dans cette même mesure l'héritier ne pourra pas la lui opposer.

De même celui qui a transigé sur un compte de tutelle n'est pas lié pour la part de son frère, auquel il succède, sur le même compte ; c'est ce que décidaient le droit romain (2), l'ancien droit (3) et les travaux préparatoires (4).

D'après certains auteurs, l'article 2050 se référerait non pas à l'identité des parties, mais à l'identité d'objet (5). On se fonde sur un exemple donné par Domat (la transaction faite par un mineur sur son compte de tutelle ne le lie pas pour le compte de son frère auquel il succède ensuite), qui a servi de modèle au Code (6) et sur l'exposé des motifs de Bigot-Préameneu, lequel est, en effet, formel (7).

SECTION III

CARACTÈRE DÉCLARATIF DE LA TRANSACTION

1302. La transaction, comme le jugement auquel la loi l'assimile, ne fait que constater et reconnaître les droits des parties ; elle ne les crée pas. En d'autres termes, la tran-

(1) Pont, II, n. 666.
(2) Laurent, XXVIII, n. 387 ; Guillouard, n. 97.
(3) Domat, *loc. cit.*
(4) Fenet, XV, p. 108.
(5) L. 9, D., *De trans.*
(6) Domat, *loc. cit.*
(7) Bigot-Préameneu, *loc. cit.*

saction est simplement *déclarative*, ou *récognitive*, et non *translative* des droits faisant l'objet du différend au sujet duquel elle est intervenue. Ces droits sont censés avoir toujours appartenu à celui au profit duquel la transaction les consacre : on ne doit pas le considérer comme les ayant acquis, même pour partie, de son adversaire.

Ce principe était presque universellement admis dans l'ancien droit. Dumoulin l'exprimait dans une formule devenue célèbre (1) et d'Argentré indiquait la même idée dans des termes également fameux (2). Quelques dissidences s'étaient produites (3), mais elles n'avaient pas fait école (4).

Au temps de Pothier, la question n'était plus discutée; on s'accordait à reconnaître à la transaction le caractère déclaratif. Que nos anciens jurisconsultes aient été conduits à ce résultat autant et plus peut-être par le désir de soustraire la transaction à d'intolérables exigences fiscales, que par l'appréciation du véritable caractère de ce contrat, nous ne le contesterons pas. Dumoulin ne formulait pas une proposition à l'abri de toute critique lorsqu'il disait : « *Et clarum est* « *quod nullum dominium transfertur, nec novum jus nec* « *novus titulus in re acquiritur, sed sola liberatio controver-*

(1) « *Clarum est quod nullum dominium transfertur, nec novum jus nec novus titulus in re acquisitur, sed sola liberatio controversiæ* ». *Comment. in consuet. paris.*, tit. I, § 23, glose I, n. 67 et 68, éd. 1681, I, p. 405.

(2) « *Transactio litem et ambiguitatem dirimit, sed materiam primariam juris non generat ; non est titulus, sed tituli prætensi confessio* » (*Cout. de Bretagne*, ch. III, art. 266).

(3) Dans une opinion la transaction était translative. — Tiraqueau, *Du retrait lignager*, § 1, gl. 14, n. 60 s. — D'autres pensaient qu'elle était translative si elle transférait la possession du fonds litigieux et déclarative dans le cas contraire. — Cout. d'Anjou, art. 360. — Cout. de Normandie, art. 467. — Basnage, *Cout. de Normandie*, art. 467, 4e éd., II, p. 346 ; Pocquet de Livonnière, *Des fiefs*. liv. III, ch. IV, sect. VII, et liv. V, ch. V, sect. IV ; Fonmaur. *Des lods et ventes*, n. 213 ; Dupineau, *Comment. de la cout. d'Anjou*, art. 360 ; Pierre de l'Hommeau, *Max. gén. du dr. franç.*, liv. III, 2e p., p. 10, max. 187. — Cette dernière opinion se fondait sur l'interprétation de la loi *si pro fundo* au code (L. 33, *De trans.*, 2. 4. — V. Basnage, *loc. cit.*), interprétation d'ailleurs inexacte.

(4) Dunod, *De la main morte*, ch. V ; Raviot sur Perrier, *Quest.* 20 et 124 ; Ferrerius sur Guy-Pape, quest. 48 ; Pothier, *Des retraits*, n. 118, *De la vente*, n. 646, *De la commun.*, n. 164 ; Merlin, *Rép.*, v° *Trans.*, § 4, n. 6. — V. sur l'ancien droit, Beautemps-Beaupré, *Rev. prat.*, XVI, 1863, p. 264 s.

« *siæ.* » L'acquisition portait, disait Pothier [1], plutôt sur « le désistement d'un procès » que sur l'objet de la transaction. En effet, en analysant avec soin la transaction, on trouverait peut-être bien qu'elle contient dans l'intention des parties une véritable transmission, au moins éventuelle, de droits. Un immeuble est litigieux entre nous ; survient une transaction, aux termes de laquelle je consens à vous en reconnaître propriétaire exclusif, à la condition que vous me paierez une somme d'argent. A quoi se réduit cette convention ? A transférer une prétention moyennant une prestation quelconque. Il s'ensuit notamment que, dans un débat avec un tiers, celui qui a été reconnu propriétaire de l'immeuble par la transaction pourra s'aider au besoin des titres de son adversaire : ce qui est non moins conforme à la justice qu'à l'intention des parties, et ce qu'il paraît cependant impossible d'admettre si on ne reconnaît pas à la transaction un caractère translatif. Aussi Pothier semble bien reconnaître que c'est en vertu d'une fiction que la transaction est simplement déclarative. « Par la transaction, dit-il, la partie à laquelle l'héritage a été délaissé est *censée* avoir acquis plutôt le désistement du procès qu'on lui faisait sur cet héritage que cet héritage même. » Mais enfin, fiction ou réalité, le principe était admis sans conteste à l'époque de la rédaction du Code civil, et tout porte à croire que notre législateur a entendu le consacrer.

On objecte qu'une fiction ne peut pas être admise sans un texte. — Nous en avons deux au moins : l'article 2052 qui assimile la transaction au jugement, et l'article 68, paragraphe 1er, n° 45 de la loi du 22 frimaire an VII [2]. Ces dispositions législatives, il est vrai, ne formulent pas le principe expressément, comme le fait l'article 883 pour le partage ; mais ils le consacrent implicitement, et cela suffit.

On objecte encore que cette interprétation est immorale, parce que la stipulation d'une indemnité au profit de celui qui renonce à des prétentions ne se justifie pas. L'objection

(1) *De la commun.*, n. 161.
(2) V. *infra*, n. 1308.

n'est pas décisive, car ces prétentions ne sont pas dénuées de vraisemblance ; elles offrent des chances de succès, et l'abandon de ces chances peut être rémunéré sans immoralité.

Aujourd'hui donc la question ne peut plus être regardée comme douteuse (1).

1303. Les conséquences du principe sont nombreuses.

Ainsi l'ancien droit décidait que les retraits, accordés en certaines hypothèses contre les mutations de propriété, n'étaient pas accordés sur les objets provenant de transactions (2).

Il en était autrement des objets abandonnés comme prix de la transaction (3).

1304. Les conséquences suivantes doivent être signalées dans le droit actuel:

1305. 1° La transaction ne constitue pas par elle-même un juste titre, pouvant servir de base à la prescription de dix à vingt ans (art. 2265) (4).

2° Elle n'est pas soumise à la transcription, lorsque le dif-

(1) Cass., 12 déc. 1865, S., 66. 1. 73, D., 65. 1. 457 (motifs). — Cass., 3 janv. 1883, S., 83. 1. 349. — Merlin, *Rép.*, v° *Partage*, n. 11 ; Troplong, n. 7 s. ; Championnière et Rigaud, *Tr. des dr. d'enreg.*, I, n. 595 s. ; Beautemps-Beaupré, *Rev. prat.*, XVI, 1863, p. 264 s. ; Valette. *Mélanges de dr.*, I, p. 208 s. et 440 s., II, p. 64 et *De la jurisp. actuelle sur les dr. d'enreg.*, *Rev. étr. et franç. de lég.*, X, 1843, p. 231 s. ; Rivière et Huguet, *De la transc.*, n. 19 s. ; Flandin, *De la transc.*, I, n. 329 s. ; Verdier, *De la transc.*, I, n. 112 s. ; Massé et Vergé, V, p. 85, note 2 ; Pont, II, n. 630 s. et *Rev. crit.*, XXVIII, 1866, p. 290 s. ; Aubry et Rau, IV, p. 668, § 421, note 17 ; Laurent, XXVIII, n. 393 s. ; Guillouard, n. 111 ; Wahl, *Tr. de dr. fiscal*, I, n. 510 ; Bufnoir, *Propr. et contrat*, p. 296 ; Planiol, II, n. 2295. — *Contra* Mourlon, *Tr. de la transcr.*, n. 72 s. et *Rev. prat.*, 1863, p. 321 s. ; Accarias, n. 143 s. ; Colmet de Santerre, VIII, n. 291 *bis*, VII s.

(2) Cout. de Bretagne, art. 317. — Cout. de Clermont en Beauvaisis, art. 29. — Cout. du Maine, art. 370. — Cout. de Reims, art. 210. — Cout. de Tours, art. 180 — Mons, 16 nov. 1622, Cogniaux, *Prat. du retrait*, ch. V. n. 20. — Cambolas, *Décisions*, liv. IV, ch. XXXIX ; Sauvageau, *Cout. de Bretagne*, art. 317 ; Hévin, *Cout. de Bretagne*, art. 317 ; Bourjon, *Dr. comm., du retrait lignager*, ch. II, n. 22 ; Merlin, *Rép. de Guyot*, v° *Retrait lignager*.

(3) Sauvageau, *loc. cit.* ; Hevin, *loc. cit.* ; Bourjon, *loc. cit.* ; Merlin, *loc. cit.*

(4) Cass., 14 mars 1809, S. chr., D. *Rép.*, v° *Prescr.*, n. 854. — Pont, II, n. 639 et *Rev. crit.*, XXVIII, 1866, p. 301 ; Aubry et Rau, IV, p. 668, § 421, note 19 ; Laurent, XXVIII, n. 395 ; Guillouard, n. 117 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Tr. de la prescr.*, n. 661 ; Planiol, II, n. 2296.

férend qu'elle a eu pour objet était relatif à un immeuble. Argument article 1er de la loi du 23 mars 1855(1). La solution contraire doit être admise dans la doctrine qui considère la transaction comme translative (2).

Quoique le droit de transcription ne soit pas exigible sur la transaction lors de l'enregistrement, la jurisprudence admet que ce droit est dû si les parties soumettent l'acte à la transcription au bureau des hypothèques (3). Cette solution se rattache à l'idée contestable que les textes subordonnent cette formalité à la perception du droit proportionnel, même dans l'hypothèse où la transcription ne répond pas à un besoin réel (4).

1306. 3° La transaction ne fait pas naître l'obligation de garantie relativement aux droits litigieux dont elle consacre l'existence. Ainsi vous êtes évincé de l'immeuble litigieux, dont je vous ai reconnu seul propriétaire par une transaction; vous n'aurez pas l'action en garantie contre moi, pas plus que vous ne l'auriez si l'immeuble vous avait été attribué par un jugement. C'est ce que décidaient le droit romain (5) et l'ancien droit (6). Et cela est admis aujourd'hui (7), quoi-

(1) Pau, 10 août 1891, D., 92. 2. 543. — Bordeaux, 17 mars 1892, S., 94. 2. 9, D., 93. 2. 182. — Orléans, 23 nov. 1893, S., 94. 2. 9, D., 94. 2. 287. — Rivière et Huguet, *Quest. théor. et prat. sur la transcr.*, n. 19 s. ; Rivière et François, *Expl. de la loi du 23 mars 1855*, n. 8 ; Gauthier, *Résumé de doct. et de jurisp. sur la transcr.*, n. 82 s.; Troplong. *Comm. de la loi du 23 mars 1855*, n. 70 s. ; Flandin, *Tr. de la transcr. en matière hypot.*, I, n. 329 s. ; Berger, *De la transcr.*, n. 100 s. ; Verdier, *De la transcr. hypoth.*, 2e édit., I, n. 119 s. ; Pont, II, n. 642 ; Aubry et Rau, II, § 209, note 50 ; Laurent, XXVIII, n. 397 ; Guillouard, n. 115 ; Fuzier-Herman, *C. civ. annoté*, art. 1138, n. 46 ; Planiol, *loc. cit.*

(2) Mourlon, *Tr. théor. et prat. de la transcr.*, I, n. 73 et II, n. 547 et *Rev. prat.*, III, p. 322 s., n. 72 s. ; Le Senne, *Comm. théor. et prat. de la loi du 23 mars 1855*, n. 38 ; Accarias, n. 144 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 281 *bis*, XIII.

(3) Cass., 20 mai 1863, S., 63. 1. 506.

(4) V. Albert Wahl, *Note* sous Cass. req. (et non civ.), 12 mai 1891, S., 92. 1. 97, *Rev. crit.*, 1893, p. 129 s. et *Tr. de dr. fiscal*, III, n. 794. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Tr. de la société*, n. 173.

(5) L. 33, C., *De trans.*, 2. 4 (loi *pro fundo*).

(6) Pothier, *De la vente*, n. 646 et 647 ; Rousseaud de Lacombe, v° *Eviction*, § 17 ; Despeisses. *Des dr. seigneuriaux*, sect. 5, *des lods*, 7e p., n. 38.

(7) Valette *Rev étr. et franç.*, X, 1843, p. 235 ; Troplong, n. 11 s. ; Accarias.

que un article du projet, disposant en ce sens (1), ait été supprimé comme injuste (2). Cela est admis même par les partisans de l'opinion qui considère la transaction comme n'étant pas déclarative: elle n'est pas, dit-on, translative, mais abdicative ; tout au plus est-elle translative d'une prétention et non pas d'un droit (3).

1307. 4° L'immeuble attribué par la transaction à un époux marié sous le régime de la communauté légale lui reste propre, sauf le droit de la communauté à une récompense pour la somme tirée de son actif en échange de l'abandon des droits du cocontractrant (4). C'est ce que disait déjà Pothier (5). Au contraire, dans l'opinion qui considère la transaction comme translative, cet immeuble doit tomber en communauté. Cependant on décide le contraire parce que, dans l'intention des parties, l'immeuble sur lequel est faite la transaction appartenait à l'époux qui a apporté ses droits sur cet immeuble (6).

1308. 5° La transaction donne lieu à la perception d'un droit *fixe*, et non à la perception d'un droit *proportionnel* de mutation (7).

Cette dernière conséquence est expressément formulée par l'article 68, paragraphe 1er, n° 45 de la loi du 22 frimaire de l'an VII, et ce texte, à notre avis, suffit lui seul à démontrer que la transaction a, dans notre droit, le caractère déclaratif, et non le caractère translatif. On sait quel est le système fiscal adopté par la loi de l'an VII ; elle n'exempte du droit

n. 141 et 142 ; Pont, II, n. 640 et *Rev. crit*, XXVIII, 1866, p. 302 ; Aubry et Rau, IV, p. 668, § 421, note 18 ; Laurent, XXVIII, n. 396 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 281 *bis*, VI ; Guillouard, *Tr. de la vente*, I, n. 71 ; Planiol, *loc. cit.*

(1) Fenet, XV, p. 93.

(2) Fenet, XV, p. 97.

(3) Accarias, *loc. cit.* ; Colmet de Santerre, *loc. cit.*

(4) Guillouard, n. 118.

(5) *Tr. de la comm.*, *loc. cit.*

(6) Accarias, n. 144 ; Colmet de Santerre, VIII, n. 281 *bis*, XIV.

(7) Merlin, *Rép.*, v° *Part.*, § 11, n. 5 ; Troplong, n. 7 s. ; Championnière et Rigaud, *op. cit.*, n. 595 s. ; Massé et Vergé, V, p. 85 ; Valette, *Mélanges de dr.*, I, p. 208 s. et *De la jurispr. act. sur les dr. d'enreg.*, *Rev. étr. et franç de législ.*, X, 1843, p. 233 s. ; Pont, n. 634 s. et *Rev. crit.*, XXVIII, 1866, p. 305 s. ; Aubry et Rau, IV, p. 669, § 421, note 21 ; G. Demante, *Princ. de l'enreg.*, I, n. 317 s. ; Laurent, XXVIII, n. 598 ; Guillouard, n. 116 ; Wahl, *Tr. de dr. fiscal*, I, n. 510.

proportionnel que les actes qui ne libèrent, n'obligent ni ne transmettent (art. 3 et 5) : donc elle reconnaît implicitement que la transaction n'est pas translative, en la soumettant au droit fixe. Il ne faut pas objecter qu'il serait possible que la loi fiscale eût reconnu le caractère déclaratif à la transaction, et que la loi civile lui reconnût le caractère translatif; la loi de l'an VII, en effet, ne qualifie pas les actes, elle se borne à les tarifer, et elle les tarife suivant le caractère qui leur appartient d'après la loi civile. Du reste, l'ancien droit est décisif en ce sens, car c'est en partie, sinon uniquement, pour exempter la transaction des droits de mutation, qu'on lui attribuait l'effet déclaratif, et l'exemption des droits de mutation était admise par tous les auteurs (1).

Cependant la jurisprudence décide que la perception du droit fixe doit être limitée à l'hypothèse où la transaction ne produit aucun changement dans la possession ou dans les droits apparents des parties. Dans le cas contraire, le droit proportionnel serait exigible.

Ainsi le droit de mutation est dû sur la part de succession attribuée au légataire universel par une transaction passée avec l'héritier réservataire (2).

La transaction passée entre le légataire universel et un successeur irrégulier non saisi est également soumise au droit de mutation (3).

Il devrait en être de même de la transaction passée entre

(1) Cout. de Bretagne, art. 317. — Dargentré, *loc. cit.* ; Merlin, v° *Trans.*, § 4 n. 6 ; Dunod, *loc. cit.* ; Dumoulin, *loc. cit.* ; Raviot sur Perrier, *loc. cit.* ; Pothier, *Tr. des fiefs*, 1er p., n. 5, art. 3 ; Hevin, *Cout. de Bretagne*, art. 317 et *Quest. sur les fiefs*, p. 289, n. 2 ; Sauvageau, *Cout. de Bretagne*, art. 317. — *Contra* Cout. du Hainaut, ch. CIV, art. 15.

(2) Cass., ch. réun., 12 déc. 1865, S., 66. 1. 73, D., 65. 1. 457. — Cass., 30 janv. 1865, S., 66. 1. 73. — Cass., 24 juin 1868, S., 68. 1. 367, D., 68. 1. 433. — Guillouard, n. 116. — Sur ce point et les suivants, V. Wahl, *Tr. de dr. fiscal*, I, n. 510 s.

(3) Trib. civ. Mortain, 11 août 1888, *Rép. périod. de l'Enreg.*, n. 7189 (abandon par un légataire universel saisi à un légataire universel antérieur, lequel était l'enfant naturel du défunt ; tout ce qui excède la réserve de ce dernier est soumis au droit de mutation ; cette solution ne serait plus exacte aujourd'hui, l'enfant naturel étant saisi).

un légataire universel, désigné par un testament olographe, et un héritier non réservataire (1); mais la cour de cassation a récemment décidé le contraire (2).

Le droit de mutation serait également dû sur la transaction attribuant une part de biens héréditaires à l'héritier légitime après que le légataire universel a été envoyé en possession (3).

1309. Bien entendu, la transaction n'a le caractère déclaratif qu'en ce qui concerne les droits litigieux au sujet desquels elle est intervenue; elle aurait certainement le caractère translatif quant aux objets étrangers à la contestation, que l'une des parties s'obligerait à donner l'autre (4), ce qui entraîne toute une série de conséquences, inverses de celles que nous venons de développer. Ainsi un immeuble est litigieux entre nous ; survient une transaction, aux termes de laquelle je renonce à votre profit aux prétentions que je puis avoir sur l'immeuble, à la condition que vous me donnerez votre maison. En ce qui concerne l'immeuble litigieux, qui vous est attribué, la transaction est déclarative ; mais elle est translative par rapport à la maison dont vous me rendez propriétaire ; elle constituera donc pour moi un titre susceptible de servir de base à la prescription de dix à vingt ans (5), soumis à la transcription (6), donnant lieu à la garantie à

(1) Trib. civ. Seine, 16 nov. 1888, *Rép. périod. de l'Enreg.*, n. 7334.

(2) Cass. civ., 9 janv. 1899, S., 99. 1. 289.

(3) Cass., 19 nov. 1839, S., 39. 1. 910. — *Contra* Valette, *Rev. étr. et franç.* X, 1843, p. 232 s.

(4) Troplong, n. 11 s.; Pont, II, n. 632; Aubry et Rau, IV, p. 669, § 421, note 22; Laurent, XXVIII, n. 394 et 399; Guillouard, n. 119 ; Planiol, II, n. 2297.

(5) Pothier, *Tr. de la prescrip.*, n. 77 ; Guillouard, n. 119 ; Valette, *Rev. étr. et franç.*, X, 1843, p. 235, note 1 ; Troplong, *Tr. de la preser.*, n. 882 ; Leroux de Bretagne, *Tr. de la prescr.*, n. 872 et s. ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Tr. de la preser.*, n. 664.

(6) Orléans, 23 nov. 1893, S., 94. 2. 9, D., 94. 2. 287. — Mourlon, *Tr. de la transcr.*, I, n. 73 et *Rev. prat.*, III, p. 322, n. 73 ; Rivière et Huguet, *op. cit.*, n. 21 ; Rivière et François, *op. cit.*, n. 8; Gauthier, *op. cit.*, n. 85 ; Troplong, *op. cit.*, n. 70 ; Flandin, *op. cit.*, I, n. 332 ; Verdier, *op. cit.*, I, n. 129 ; Aubry et Rau, II, § 209, note 51 ; Laurent, XXVIII, n. 394 et XXIX, n. 71 ; Guillouard, n. 119 ; Planiol, *loc. cit.*

mon profit au cas d'éviction [1]; l'immeuble entrera en communauté [2].

Il n'est pas moins certain que ces solutions seraient également applicables à la vente déguisée sous forme de transaction ; ainsi elle est sujette à transcription [3].

Il va sans dire également que si l'une des parties abandonne, comme prix de la transaction, des objets qui lui appartenaient, le droit de mutation est dû sur la valeur de ces objets [4]. L'ancien droit était en ce sens [5].

(1) L. 33, C., *De transact.*, 2. 4 ; Rousseaud de Lacombe, *loc. cit.* ; Despeisses, *loc. cit.* ; Pothier, *De la vente*, n. 645 ; Valette, *op. cit.*, p. 235 ; Guillouard, n. 119 et *Tr. de la vente*, I, n. 71.

(2) Guillouard, n. 119.

(3) Mourlon, *op. cit.*, I, n. 74 ; Flandin, *op. cit.*, I, n. 333 ; Berger, *Transcr.*, n. 102 ; Verdier, *op. cit.*, I, n. 120 ; Aubry et Rau, II, § 209, note 52.

(4) Cass , 11 avril 1808, S. chr. — Merlin, *Rép.*, v° *Part.*, § 11, n. 5 ; Valette, *Rev. étr. et franç.*, X, 1843, p. 236 et 239 ; Guillouard, n. 119.

(5) Toulouse, fév. 1646, cité par Despeisses, *Des dr. seigneuriaux*, sect. 5, *des lods*, 7e p., n. 38. — Dumoulin, *Cout. de Paris*, § 23, gl. 1, n. 67 et 68 ; Pothier, *Tr. des fiefs*, 1re p., ch. V, art. 3 ; Despeisses, *loc. cit.* ; Hévin, *loc. cit.* ; Sauvageau, *Cout. de Bretagne*, art. 317.

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS

EN MATIÈRE CIVILE

1310. La contrainte par corps est une voie d'exécution contre la personne du débiteur ; elle consiste à le faire emprisonner, en vue de le forcer indirectement à user des ressources cachées qu'il peut avoir pour payer sa dette. C'est, comme on l'a fort bien dit, une épreuve de solvabilité contre les débiteurs de mauvaise foi. Il va de soi qu'elle ne peut avoir lieu que dans les cas autorisés par la loi (art. 2063).

Il serait intéressant de retracer les fortunes diverses de la contrainte par corps dans notre droit. Mais cette étude présenterait peu d'utilité au point de vue pratique, et nous ne l'entreprendrons pas. Bornons-nous à dire que le titre du Code civil qui réglementait cette matière (titre XVI) se trouve aujourd'hui en grande partie abrogé par la loi du 22 juillet 1867, intitulée *Loi relative à la contrainte par corps*, dont l'article 1er porte : « La contrainte par corps est supprimée « en matière commerciale, civile et contre les étrangers. » A la faveur de cette disposition, un débiteur de mauvaise foi peut désormais vivre dans l'opulence sans payer ses dettes, sous la seule condition de se loger dans un appartement garni et de placer toute sa fortune en valeurs au porteur, qu'il lui sera facile de cacher, ou même en rentes sur l'État, qu'il pourra montrer au grand jour sans avoir à redouter l'action de ses créanciers parce qu'elles sont insaisissables.

D'après l'article 2 de la loi, la contrainte par corps « est « maintenue en matière criminelle, correctionnelle et de sim- « ple police. » Elle est de droit pour toutes les condamnations pécuniaires prononcées par les tribunaux de justice répressive, c'est-à-dire pour les condamnations : 1° aux

amendes; 2° aux restitutions et aux dommages et intérêts soit au profit de l'État, soit au profit d'un particulier (art. 3 et 4 de la loi); et enfin 3° aux frais (loi du 19 décembre 1871).

1311. On sait que l'action civile résultant d'une infraction peut être exercée par voie principale devant les tribunaux civils. En supposant que la partie lésée prenne cette voie, la contrainte par corps s'attachera-t-elle à la condamnation qu'elle obtiendra? Oui, si l'existence de l'infraction a été reconnue, constatée par un tribunal criminel; non, dans le cas contraire. Cette distinction très rationnelle est consacrée par l'article 5 de la loi.

1312. La contrainte par corps est une voie d'exécution essentiellement personnelle. Concluons-en, d'une part, qu'elle ne peut en aucun cas être prononcée contre la personne civilement responsable (arg. art. 2063) [1], et, d'autre part, qu'après la mort du coupable, elle ne peut être prononcée ni exécutée contre ses héritiers.

[1] Cass., 25 avril 1884, S., 87. 1. 340.

FIN

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME

DES CONTRATS ALÉATOIRES

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

(Nos)		Pages
1.	Définition des contrats aléatoires	1
2.	Pourquoi la loi emploie le mot *réciproque*	2
3.	Intérêt de la distinction entre les contrats aléatoires et les contrats commutatifs	2
4.	Distinction avec le contrat conditionnel	2
5.	Distinction avec le contrat à terme. Marché à terme	3
6.	Exemples de ventes aléatoires	3
7.	Du prêt aléatoire. Prêt à la grosse	3
8.	Du contrat suivant lequel une chose commune doit appartenir au survivant	3
9.	Du contrat par lequel celle des parties qui recueillera la succession contestée payera une somme à l'autre	4
10.	Le contrat n'est pas aléatoire si l'une des parties connait l'événement présenté comme incertain	4
11.	Indication des contrats aléatoires qui seront étudiés ici	4

CHAPITRE II

DU JEU ET DU PARI

SECTION PREMIÈRE

DISTINCTION ENTRE LE JEU ET LE PARI. ACTES QUI CONSTITUENT DES JEUX OU PARIS

12.	Définition du jeu et du pari. Distinction entre eux	5
13.	Suite	6
14.	Contrat mélangé de jeu et pari. Prix qui doit être augmenté suivant que tel événement arrivera ou non	7
15.	L'assurance sur la vie et la rente viagère peuvent déguiser un pari	7
16.	Du contrat d'après lequel un cheval sera transmis à titre onéreux ou gratuit suivant qu'il atteindra ou non une vitesse convenue. Du contrat d'après lequel celui des contractants dont l'immeuble a la plus grande superficie paiera une indemnité à l'autre	7
17.	Du contrat d'après lequel l'héritier exhérédé par un testament non encore connu recevra une somme des autres	8

(Nos) Pages.

18. Promesse de payer une somme quand le promettant se mariera. Clause d'après laquelle une somme sera élevée si tel événement se produit..... 8
19. Acte par lequel deux personnes en désaccord sur un fait conviennent que celle qui a tort payera une somme à l'autre... 8

SECTION II

EFFETS DES JEUX ET PARIS ET CONDITIONS DE VALIDITÉ

§ I. *Historique.*

20. Jeu. Droit romain..... 8
21. Suite. Jeux d'adresse à Rome..... 9
22. Des jeux dans le droit germanique..... 9
23. Droit canonique..... 9
24. Du jeu d'après les anciennes ordonnances..... 10
25. Doctrine de Pothier sur le jeu..... 11
26. Du pari à Rome..... 11
27. Du pari dans l'ancien droit..... 11

§ II. *Détermination des jeux et paris qui sont licites ou illicites.*

I. *Généralité.*

28. La loi n'accorde aucune action pour le jeu ou le pari. Motifs. 13
29. Critique de la loi..... 14

II. *Jeux.*

30. Par exception l'article 1966 indique certains jeux qui sont munis d'action. Jeux intellectuels..... 15
31. Le jeu dont le résultat dépend à la fois du hasard et de l'habileté des joueurs ne donne pas lieu à une action. Différence entre la loi civile et la loi pénale..... 15
32. Du jeu d'adresse qui ne tient pas à l'exercice du corps..... 15
33. L'énumération de la loi n'est pas limitative..... 16
34. Saut, disque, joute, diverses espèces de luttes, jeux de boules, de quilles, de billes, de palet..... 16
35. Jeux de tirs, jeux d'échecs, jeux de cartes, jeux de paume, de dés, de l'oie, loto..... 16
36. Billard, jeux de dames..... 17
37. Bonneteau, jeu des trois palets. Jeux de hasard qu'il est d'usage de jouer en société..... 18
38. Courses..... 18
39. Des dommages-intérêts dus à raison d'un acte illicite commis à l'occasion du jeu..... 18

III. *Paris.*

40. Le pari n'est légitime que s'il se rapporte à un jeu légitime... 19
41. Paris par les joueurs, par les intéressés au jeu, par les tiers non intéressés..... 19
42. Suite..... 20
43. Paris aux courses..... 20

(Nos) Pages

44. Paris aux courses par l'intermédiaire d'une agence..... 21
45. Des paris étrangers aux jeux. Concours de pigeons. Pari sur le résultat d'une élection..... 22

IV. *Jeux de bourse.*

46. Les jeux de bourse sont des paris. Du marché à terme. Du marché par différences..... 22
47. Ancien droit..... 24
48. Droit intermédiaire..... 25
49. Système antérieur à la loi du 23 mars 1885..... 25
50. Loi du 28 mars 1885..... 27
51. Suite. Marchés par différences..... 29
52. Suite..... 31
53. Des marchés à prime. Des reports. Des marchés à livrer sur marchandises..... 32
54. La loi de 1885 est-elle rétroactive ?..... 33

V. *Loteries.*

55. Définition..... 34
56. Sur quoi peuvent porter les chances de gain..... 34
57. Comment se forme le contrat..... 34
58. Ancien droit..... 35
59. Droit intermédiaire. Droit actuel..... 35
60. Caractère illicite de la loterie. Sanction..... 35
61. Distinction entre la loterie et le jeu de hasard. Du pari mutuel ou pari au totalisateur..... 36
62. Tirage au sort d'une chose entre les propriétaires. Emission d'obligations à lots et à primes..... 36
63. Loterie gratuite..... 37

§ III. *Effets et conditions de validité des jeux et paris licites.*

64. Ils ne donnent lieu à une action en justice que quand l'enjeu est modéré. Motifs..... 37
65. Suite. Ancien droit et droit romain..... 38
66. Comment le juge doit-il apprécier si l'enjeu est excessif ?..... 38
67. Si l'enjeu est excessif le juge ne peut se contenter de réduire la demande..... 38
68. Le payement d'un enjeu excessif est valable s'il est volontaire. 38
69. Nullité des paris excessifs..... 39
70. Le jeu et le pari ne donnent lieu à une action que si le perdant avait la capacité de s'obliger. Femme mariée. Mineur..... 39
71. En outre les parties doivent avoir réellement consenti. Personne ivre, fou..... 39
72. Du consentement entaché de dol ou de violence. De la simple réticence De la dissimulation, par un joueur, de sa force.. 39
73. Du cas où il n'y a pas égalité de risques..... 39
74. Du cas où les mises sont inégales..... 40
75. Des manœuvres frauduleuses..... 40

(Nos) Pages

76. Conditions dans lesquelles le porteur d'un billet peut exiger le tirage 40
77. Il peut être stipulé que les obligations à lots non libérées seront déchues du droit aux lots, à la condition que cette clause soit portée à la connaissance des souscripteurs..... 40
78. Une mise en demeure n'est pas nécessaire pour que cette déchéance se produise..... 40
79. A qui profite la déchéance..... 41
80. Justifications que doit faire un porteur pour toucher le lot.... 41
81. Le lot appartient au propriétaire lors du tirage et non au propriétaire lors du payement..... 41
82. Justification de ce droit de propriété à défaut de présentation du titre..... 41
83. Du cas où plusieurs billets portent le même numéro..... 41
84. Du cas où, par erreur, un numéro n'a pas été compris au tirage. 41

§ IV. *Effets des jeux et paris illicites.*

I. *Nature de l'obligation. Paiement. Répétition.*

85. Le jeu et le pari illicites donnent lieu à une obligation naturelle. 42
86. Opinion qui distingue suivant que l'enjeu est modéré ou non. 43
87. Opinion d'après laquelle l'obligation est civile..... 43
88. Le jeu de bourse produit-il une obligation naturelle ?..... 44
89. De la répétition de la dette de jeu en droit romain..... 44
90. De la répétition dans l'ancien droit 44
91. Appréciation de la solution du code civil sur la répétition.... 46
92. De la répétition d'un lot..... 46
93. De la répétition en matière de marché par différences..... 46
94. Pour ne pas donner lieu à répétition, le payement doit avoir été fait volontairement, c'est-à-dire en connaissance de la nullité. Du paiement entaché de dol ou de violence..... 46
95. Du paiement entaché d'erreur de fait ou de droit..... 47
96. Le paiement doit avoir été fait par une personne capable d'aliéner l'objet donné en paiement. Application au mineur et à l'interdit..... 48
97. Application à l'aliéné non interdit et à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire..... 48
98. Application à la femme mariée..... 48
99. Du cas où il y a eu deux paiements ou un paiement et une dation en paiement..... 49

II. *Dation en paiement, novation et délégation.*

100. La dation en paiement équivaut à un paiement..... 49
101. Moment où la dation en paiement devient effective..... 49
102. Novation par changement d'objet..... 50
103. Délégation..... 50
104. Novation par changement de débiteur résultant de l'engagement d'un nouveau débiteur..... 51
105. Novation par changement de créancier..... 51

(Nos) Pages.

106. En cas de délégation, la signification au débiteur ou son acceptation est-elle nécessaire ? 51
107. Des exceptions que le délégué peut opposer au délégataire.... 51
108. Le perdant est-il tenu à garantie en cas d'insolvabilité du délégué ou s'il y a éviction de l'immeuble donné en payement ? 52
109. Si le perdant a endossé un effet de commerce au profit du gagnant, ce dernier, obligé de garantir les endosseurs postérieurs en cas de non-paiement à l'échéance, a-t-il un recours contre le perdant ou contre les endosseurs antérieurs ?... 52
110. L'inscription de la dette dans un compte courant éteint-elle l'exception de jeu ? 52

III. *Dépôt d'un enjeu. Couverture.*

111. Le dépôt d'un enjeu est un paiement conditionnel..... 53
112. Il ne peut donc être répété en cas de perte..... 54
113. Le perdant qui reprend son enjeu après la fin de la partie doit le rendre au gagnant..... 54
114. Du dépôt en vue d'une partie dont l'enjeu n'est pas fixé..... 54
115. De la couverture en matière de jeu de bourse..... 55
116. De la preuve en matière de dépôt anticipé d'enjeu..... 55

IV. *Ratification et reconnaissance.*

117. La dette de jeu ne peut être ratifiée 56
118. Les billets souscrits pour cette dette sont nuls. Lettre de change et billet à ordre..... 56
119. Obligation munie d'une hypothèque..... 57
120. Du billet faussement causé pour une dette autre qu'une dette de jeu 58
121. Le perdant peut réclamer la restitution du billet..... 58
122. Le cessionnaire du billet nominatif n'a pas d'action contre le perdant, même en cas de signification ou d'acceptation. Droits du porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre... 58
123. Recours du perdant qui a payé le billet ou la lettre de change contre le gagnant..... 59

V. *Compensation.*

124. La dette de jeu ne peut être opposée en compensation..... 59

VI. *Avances en vue du jeu ou du pari.*

125. Les avances entre joueurs ou parieurs avant ou pendant le jeu sont des dettes de jeu. Versement dans la caisse de jeux d'un cercle pour alimenter le jeu..... 59
126. Avances par un tiers qui ignore la destination de ces fonds... 60
127. Avances par un tiers qui connaît cette destination..... 60
128. Avances par un tiers qui est associé aux charges du jeu ou tire profit du jeu..... 62
129. Avances par le directeur ou gérant d'une maison de jeu ou par la caisse d'un cercle. Avances par un garçon de cercle ou un croupier 62

Nos) Pages.

130. Avances à la suite d'une partie de jeu par le joueur ou par un tiers intéressé au jeu..... 62
131. Avances à la suite d'une partie de jeu par le gagnant. Avances par un tiers étranger au jeu..... 63
132. Avances à la suite d'une partie de jeu pour décider l'emprunteur à continuer le jeu..... 64

VII. *Transaction et compromis.*

133. La transaction sur une dette de jeu est nulle..... 64
134. Il en est de même du compromis. Arbitrage décidant qu'il n'y a pas dette de jeu..... 65

VIII. *Cession d'une créance née du jeu.*

135. Cette cession est nulle..... 65
136. Renvoi pour le cas où la dette est constatée par une lettre de change ou un billet à ordre..... 66
137. Le vendeur d'un billet de loterie n'a pas d'action en paiement du prix, ni l'acheteur en restitution du prix..... 66

IX. *Cautionnement.*

138. Ancien droit..... 66
139. Le cautionnement est nul..... 66
140. Mais les versements de la caution ne peuvent être répétés..... 67
141. La caution a-t-elle recours contre le débiteur ?..... 67

X. *Nantissement.*

142. Le nantissement est nul..... 67
142 *bis*. Renvoi pour la couverture..... 67

XI. *Mandat et gestion d'affaires.*

142 *ter*. Renvoi pour le mandat ou pour les rapports entre l'agent de change et son client..... 67
143. Le gérant d'affaires qui a payé la dette de jeu n'a pas de recours contre le perdant..... 68
144. Le codébiteur solidaire n'a pas de recours contre ses codébiteurs..... 68

XII. *Société.*

145. Société pour faire des avances aux joueurs, ou pour partager le bénéfice du jeu, ou pour une loterie..... 68

§ V. *Procédure de l'exception de jeu.*

146. L'exception de jeu est opposable dans tout le cours de l'instance ou en appel. Peut-elle être opposée pour la première fois en cassation ?..... 68
147. Suite. Jeux et paris sur la hausse ou la baisse des fonds publics. Marchés par différences..... 69
148. Le juge doit-il admettre d'office l'exception de jeu ?..... 69

SECTION III

PREUVE EN MATIÈRE DE JEU

§ I. *Charge de la preuve.*

(Nos) Pages.

149. La charge de la preuve appartient à celui qui oppose l'exception de jeu. Application aux parieurs aux courses..... 70
150. Charge de la preuve en matière de prêt fait en vue du jeu.... 70
151. Renvoi pour la charge de la preuve en matière de dépôt anticipé..... 71

§ II. *Modes de preuve.*

152. La preuve d'une dette de jeu nulle peut être faite par tous moyens. Preuve qu'un billet autrement causé concerne une dette de jeu..... 71
153. Preuve en matière de marchés par différences avant la loi du 28 mars 1885..... 71
154. Preuve en la même matière depuis la loi de 1885..... 72
155. Suite. Système qui n'exclut que les présomptions..... 75

SECTION IV

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

156. Exception de jeu..... 75
157. Marché par différence..... 78
158. Loterie..... 81

SECTION V

DROIT INTERNATIONAL

159. Division..... 82

§ I. *Jeu nul au lieu où il est fait et valable au lieu où l'exécution est demandée.*

160. L'exception de jeu est, en général, admise dans ce cas..... 82
161. Discussion..... 83
162. Suite. Du cas où les parties sont citoyens d'un pays où le jeu est valable..... 84

§ II. *Jeu valable dans le pays où le contrat est passé et nul dans le pays où l'exécution est demandée.*

163. L'exception de jeu doit être admise, même si les parties appartiennent à un pays où le jeu est valable et si le jeu doit être exécuté dans ce pays..... 86
164. Application au billet de loterie..... 87

§ III. *Jeu nul dans le pays où il est passé et dans le pays où l'exécution est demandée.*

165. L'exception de jeu doit être admise..... 82

§ IV. *Jeu soumis à des conditions de forme dans le lieu où il est passé et valable ou nul dans le pays où l'exécution est demandée.*

(Nos) Pages.
166. Distinction des conditions de forme en deux catégories..... 89
167. Des formes exigées dans un but autre qu'un but fiscal..... 90
168. Des formes exigées dans un but fiscal..... 91

§ V. *Jeu valable dans le pays où il est fait et soumis à des conditions de forme dans le pays où l'exécution est demandée.*

169. Jurisprudence et doctrine..... 93
170. Appréciation..... 94
171. L'acte doit-il être timbré avant d'être produit dans le pays où l'exécution est demandée ?..... 95

CHAPITRE III

DU CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE

SECTION PREMIÈRE

DÉFINITION. HISTORIQUE

172. Définition..... 96
173. La rente viagère est-elle un pari? De la rente viagère à Rome. 96
174. Ancien droit..... 96

SECTION II

CONTRATS QUI SONT DES CONSTITUTIONS DE RENTES VIAGÈRES

175. Distinction avec l'assurance sur la vie..... 97
176. Distinction avec la rente perpétuelle..... 98
177. Distinction avec le pari et avec le bail à nourriture..... 99

SECTION III

FAITS JURIDIQUES D'OU PEUT NAITRE UNE RENTE VIAGÈRE

178. La rente viagère peut être constituée à titre gratuit ou à titre onéreux..... 99
179. De la constitution à titre gratuit déguisée sous forme d'un contrat à titre onéreux..... 99
180. Dans quels cas la rente est réputée constituée à titre onéreux. 99
181. Suite. Charges équivalentes à la rente..... 100
182. Suite. Distinction suivant que les arrérages sont inférieurs, égaux ou supérieurs au revenu..... 100
183. Suite. De l'hypothèse où les arrérages sont inférieurs à ceux que servirait une compagnie d'assurances..... 101
184. Suite. De la rente viagère promise à titre de récompense pour des services..... 101
185. Suite. De la rente viagère servie en exécution d'une obligation naturelle..... 101
186. Pouvoirs des juges du fait..... 101

(Nos) Pages
187. La rente viagère peut être constituée par testament..... 102
188. Elle peut l'être par jugement..... 102

SECTION IV

CARACTÈRES DE LA CONSTITUTION DE RENTE

189. La constitution à titre onéreux n'est pas solennelle..... 102
190. Le contrat est-il consensuel ou réel ?..... 102
191. La constitution de rente moyennant une somme est un prêt... 103
192. Cependant elle peut être synallagmatique..... 104
193. La constitution de rente moyennant un meuble ou un immeuble est en vente..... 104
194. La constitution en récompense de services est synallagmatique. 105
195. La constitution de rente est une tontine si la rente doit rester invariable jusqu'au décès du dernier des rentiers..... 105
196. Suite. Ce n'est pas une donation..... 105
197. La constitution est tantôt à titre gratuit et tantôt à titre onéreux. 105
198. Est-elle une convention aléatoire ?..... 105
199. La rente viagère est meuble 106

SECTION V

CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITÉ

§ I. *Forme.*

200. Dans quels cas le contrat doit être rédigé en double. Dans quels cas il est soumis aux formes des donations..... 106
201. De la désignation des valeurs fournies en échange et des personnes sur la tête desquelles la rente est constituée..... 107
202. Si la rente est constituée sous forme d'achat d'un titre nominatif au nom du crédirentier pour l'usufruit, ce dernier peut exiger que le titre lui soit remis..... 108

II. *Au profit de qui peut être constituée la rente viagère.*

203. Elle peut être constituée au profit soit de celui qui verse les fonds, soit d'un tiers. Dans ce dernier cas, elle peut être révoquée. Du cas où le donataire est insolvable. Du cas où certains des donataires ne sont pas conçus..... 108
204. Attribution des arrérages à l'usufruitier de la rente..... 109

III. *Sur la tête de qui peut être constituée la rente viagère.*

I. *Rente viagère constituée sur la tête d'un tiers ou de l'une des parties.*

205. La rente peut être constituée sur la tête d'un tiers. But..... 109
205 *bis*. Le consentement du tiers n'est pas nécessaire..... 110
206. La rente peut être constituée sur la tête du débirentier. Effet, dans ce cas, du suicide du débirentier ou de sa condamnation à mort..... 110
207. A défaut d'indication, la rente est réputée constituée sur la tête du crédirentier..... 111

(N°s) Pages.

II. *Rente constituée sur plusieurs têtes.*

208. La rente peut être constituée sur la tête de plusieurs personnes. Formes diverses..... 111
209. Ces personnes doivent être toutes désignées dans le contrat. Le crédirentier ne peut se réserver de désigner la seconde après le décès de la première..... 111
210. Il n'est pas nécessaire que ces personnes soient conçues lors du contrat..... 112
211. Le décès de l'un des rentiers a-t-il pour effet de réduire la rente ? Renvoi..... 112

III. *Rente constituée sur la tête d'une personne morte ou malade.*

A. Conditions et nature de la nullité.

a. *Rente constituée sur la tête d'une personne décédée.*

212. Cette constitution de rente est inexistante. Il en est ainsi quand les parties ont ignoré la mort du tiers..... 112
213. .... Ou si l'une des parties a seule connu la mort du tiers. La contrat est valable si les deux parties ont connu la mort.... 113

b. *Rente constituée sur la tête d'une personne malade.*

214. La constitution est nulle..... 114
215. Fondement et nature de la nullité.....e. 113
216. Conditions de la nullité. 1° Il faut que la maladie existe lors du contrat..... 114
217. Le mot *maladie* doit être interprété largement..... 114
218. La vieillesse n'est pas une maladie..... 115
219. La grossesse est-elle une maladie ?..... 115
220. Les maladies mentales sont considérées comme maladies..... 115
221. 2° Il faut que le décès soit la conséquence de la maladie..... 116
222. 3°... et qu'il se produise dans les vingt jours. Il en est ainsi même si la prime ne doit être versée que plus tard..... 116
223. Le jour où le contrat est passé n'est pas compris dans le délai. 116
224. Le délai court du contrat et non du jour où le contrat acquiert date certaine..... 117
225. Preuve de ces différents faits..... 117
226. Preuve de la fausseté de la date..... 118
227. On ne peut opposer aux tiers que la date certaine. Les créanciers des parties sont des tiers..... 118
228. Ces dispositions s'appliquent même si les contractants ont connu la maladie et sa gravité..... 118
229. Du cas où les parties déclarent traiter malgré la nullité. Du cas où elles antidatent l'acte..... 119
230. Du cas où la rente est constituée sur la tête du crédirentier. Du cas où elle est constituée sur plusieurs têtes..... 119

B. Contrats auxquels s'applique la nullité.

231. Peu importe la tête sur laquelle est constituée la rente. Droits du curateur à succession vacante..... 119

(Nos) Pages.
232. Du cas où la rente a été constituée sur plusieurs têtes..... 120
233. Suite. Du cas où les parties ont connu la maladie ou la mort de l'une des personnes..... 121
234. Suite. Personnes qui peuvent demander la nullité lorsque la rente est constituée sur plusieurs têtes. Prescription de l'action..... 121
234 *bis*. Suite. Opinion qui, en matière de rente constituée sur plusieurs têtes, admet une distinction..... 122
235. Suite. De la rente constituée en partie seulement sur plusieurs têtes..... 122
236. La nullité est-elle applicable lorsque la rente doit non pas cesser, mais prendre naissance au décès ?..... 123
236 *bis*. Vente moyennant une rente viagère. Effets de la nullité..... 123
237. Est-elle applicable aux rentes constituées à titre gratuit ?..... 123
238. Est-elle applicable à la donation faite moyennant une rente ?. 124
239. Est-elle applicable à la clause qui met à la charge d'un tiers une rente déjà créée ?..... 124
240. Est-elle applicable à la constitution d'une pension en nature?.. 125

§ IV. *En quels objets ou moyennant quels objets une rente peut être constituée.*

241. La rente peut être constituée soit moyennant l'aliénation d'un objet quelconque, soit à titre gratuit..... 125
242. Elle peut être stipulée payable en argent ou en nature. Du bail à nourriture..... 125

§ V. *Capacité, consentement, objet et cause.*

243. La capacité dépend du caractère gratuit ou onéreux du contrat. Elle dépend aussi de la nature de la contre-valeur..... 125
244. Capacité dans le cas où la rente est constituée au profit d'un tiers..... 126
245. Consentement et vices du consentement..... 126
246. Suite. Vente faite moyennant une rente viagère, mais sans aléa..... 127
247. Prix non sérieux..... 127
248. Objet et cause..... 127

§ VI. *Du taux de la rente viagère.*

249. Les parties sont libres en principe. De la rente constituée à titre de prêt ou comme prix d'une vente..... 128
250. Taux maximum de la rente dans les législations qui limitent le taux de l'intérêt..... 128
251. Caractère du contrat lorsque le taux convenu est trop fort ou trop faible. Le juge ne peut jamais réduire le taux..... 128
252. Lorsque le contrat doit être exécuté moyennant l'acquisition d'une rente sur l'État, le crédirentier peut-il exiger que la rente soit d'un type déterminé ?..... 129
253. Droits du rentier lorsque le taux de l'intérêt de la rente sur l'État est réduit..... 129

SECTION VI

OBLIGATIONS DES PARTIES ENTRE ELLES

§ I. *Obligations du crédirentier vis-à-vis du débirentier.*

(Nos) Pages

254. Distinction suivant que le contrat est unilatéral ou synallagmatique 130
255 Intérêts de la distinction 130

§ II. *Obligations du débirentier vis-à-vis du crédirentier.*

256. Le débirentier a trois obligations 130

I. *Obligation de fournir les sûretés promises et sanction de cette obligation.*

A. Nature et fondement des sûretés.

257. Le débiteur doit fournir la sûreté promise, sous peine de résiliation 131
258. Si la rente a été stipulée dans une vente, l'obligation est aussi garantie par le privilège du vendeur 131
259. Justification de la résolution d'après les principes généraux 131

B. Conditions de la résolution.

260. Indication des sûretés dont le défaut de prestation entraîne la résolution 132
261. Des sûretés conditionnelles 132
262. Des sûretés qui, après avoir été fournies, sont diminuées 132
263. Suite. Vente de l'immeuble hypothéqué 132
264. L'acquéreur qui ne fait pas transcrire la vente manque-t-il aux sûretés promises ? 133
265. La constitution de nouvelles hypothèques sur l'immeuble hypothéqué est-elle une diminution de sûretés ? 133
266. La diminution des sûretés sans la volonté du débirentier n'engage pas sa responsabité 134
267. L'exagération de la valeur des sûretés promises entraîne-t-elle la résolution ? 134
268. La résolution s'applique même si les garanties sont légales 134

C. Manière dont opère la résolution et extinction de l'action en résolution.

269. La résolution n'est pas de plein droit. Elle ne peut être obtenue si la rente s'éteint pendant ou avant l'instance 135
270. Le débiteur peut arrêter l'action en résolution s'il fournit les sûretés avant que le jugement ne soit passé en force de chose jugée 135

D. Effets de la résolution.

271. Le débirentier remboursera le capital de la rente et des fruits, et le crédirentier les arrérages perçus 136
272. Dans l'opinion qui, au contraire, refuse au débirentier le droit à la restitution des arrérages, il doit aussi acquitter les arrérages échus avant la résolution et non payés 137

N°s) Pages.
273. Le juge peut allouer au crédirentier des dommages-intérêts. Fixation des dommages-intérêts 137
274. Effets de la résolution d'une vente constituée moyennant une rente viagère 138

E. Contrats auxquels s'applique la résolution.

275. La résolution ne s'applique pas aux rentes constituées à titre gratuit. Des rentes constituées comme charge d'une donation 138

II. *Obligation de payer les arrérages et sanction de cette obligation.*

276. Les arrérages doivent être payés aux époques fixées par la convention 138

A. Temps pendant lequel les arrérages sont dus.

277. Les arrérages s'acquièrent jour par jour. Point de départ des arrérages 139
278. Époque à laquelle ils cessent d'être dus 139
279. Prescription des intérêts 140

B. Mode de payement et taux des arrérages.

280. Les arrérages peuvent être stipulés payables en nature. Du bail à nourriture 140
281. Le taux des arrérages est librement fixé par les partie. Renvoi. 140

C. Garanties du payement des arrérages.

a. *Privilège du vendeur.*

282. Le privilège existe quand la rente est le prix d'une vente..... 140

b. *Droit de résolution.*

α. Absence du droit de résolution à défaut de convention.

283. Solutions auxquelles aurait conduit le droit commun..... 140
284. L'art. 1978 déroge au droit commun en rejetant la résolution. Motifs 141
285. La résolution est impossible non seulement en cas de retard, mais aussi en cas d'impossibilité absolue de payer les arrérages 142
286. L'art. 1978 s'applique-t-il si le contrat n'a pas le caractère aléatoire? 142
287. Il n'est pas applicable si la rente est constituée à titre gratuit. 142
288. .... Ou comme charge d'une donation 143
288 *bis* .... Ou si la rente est unilatérale. Dérogations conventionnelles à l'art. 1978 143

β. Résolution établie par la convention.

289. La résolution peut être stipulée 143
290. On peut même stipuler qu'elle aura lieu de plein droit..... 144
291. Interprétation restrictive de la clause. Exemple 144
292. En cas de résolution, le crédirentier doit restituer les arrérages; cependant on peut lui permettre de les garder à titre de dommages-intérêts 144

(Nos) Pages.
293. La non restitution des arrérages peut être stipulée..... 145
294. Cela peut même être quelquefois sous-entendu..... 145
295. On peut stipuler qu'en cas de résolution, le débiteur payera une somme supérieure au capital de la constitution..... 145
296. Le droit de résolution peut être exercé même en cas de faillite du débirentier..... 145
297. Le crédirentier peut réclamer le prix payé comme condition de la constitution de rente..... 146
298. Si le vendeur s'est réservé le droit de résolution, ce droit passe-t-il à ses héritiers ?..... 146
299. S'il a été stipulé que la résolution aura lieu de plein droit, les héritiers peuvent-ils se prévaloir de la résolution?..... 147

c. *Droit de faire vendre les biens du débiteur avec réserve d'une somme suffisante pour le payement.*

α. Calcul et mode de stipulation de la somme.

300. Ce droit dérive de l'article 1978. La somme à mettre en réserve peut être inférieure au capital de la constitution..... 147
301. Calcul de cette somme..... 147
302. On peut adjuger les biens avec la clause que l'adjudicataire servira, outre son prix, une rente viagère, ou qu'il sera prélevé sur le prix une somme suffisante..... 148
303. Le crédirentier peut demander des garanties pour lui assurer les arrérages. Nature de ces garanties..... 148
303 *bis*. Application du droit de saisie aux rentes gratuites..... 149

β. Conflit entre le crédirentier et d'autres créanciers.

304. Première hypothèse. Le crédirentier a un privilège ou une hypothèque. On prélève alors sur le prix une somme suffisante..... 149
305. Il est colloqué pour cette somme entière, même si elle est supérieure au capital de constitution..... 149
306. ... Et cela même si l'inscription indique le capital de constitution..... 150
307. De l'hypothèse où le prix serait suffisant pour le service des arrérages s'il était placé en rente viagère et ne l'est pas s'il est placé à intérêts..... 150
308. Deuxième hypothèse. Le crédirentier n'a ni privilège ni hypothèque..... 152

γ. Contrats auxquels s'applique le droit de vente.

309. Il s'applique même si la vente est constituée à titre gratuit.... 152

III. *Obligation de supporter les risques de la chose.*

310. Distinction entre la vente et le prêt..... 152

SECTION VII

OBLIGATIONS DU CRÉDIRENTIER VIS-A-VIS DES TIERS

§ I. *Saisissabilité et cessibilité de la rente.*

(Nos) Pages

311. La saisissabilité ne peut être stipulée que si la rente est constituée à titre gratuit. Effets de cette clause..... 153
312. En l'absence de cette clause, la rente, même constituée à titre gratuit, est saisissable..... 154
313. Rente constituée à titre onéreux, mais sous l'apparence d'une donation..... 154
314. Les arrérages, même non échus, d'une rente peuvent être saisis. La rente peut être saisie aussi bien que ses arrérages. 155
315. Saisissabilité d'une rente constituée à titre d'aliments..... 155
316. La rente stipulée comme condition d'un contrat à titre onéreux ou d'une donation à un tiers peut-elle être déclarée insaisissable ?..... 155
317. La rente stipulée dans un contrat à titre onéreux ne peut être déclarée incessible..... 155
318. On ne peut déclarer l'insaisissabilité de la rente stipulée au profit du donateur comme charge de la donation. La rente viagère qui fait l'objet d'une donation peut être stipulée incessible..... 156
319. Le donataire d'une rente incessible peut disposer des arrérages échus..... 156
320. Effets de la conversion des rentes sur l'État, sur les droits du donataire d'une rente viagère insaisissable, constituée par l'achat d'une rente sur l'État..... 156

§ I. *Rapport et réduction.*

321. La rente viagère est rapportable et réductible..... 157

SECTION VIII

EXTINCTION DE LA RENTE VIAGÈRE

§ I. *Causes d'extinction.*

1. *Mort de celui sur la tête duquel la rente a été constituée.*

A. Rente constituée sur la tête du crédirentier.

322. La rente s'éteint par le décès de la personne sur la tête de laquelle elle est constituée..... 158
323. Obligations du débirentier qui tue le crédirentier..... 158
324. Suite. Effets de la résolution du contrat..... 159
325. Suite. Restitution de l'immeuble aliéné moyennant la rente... 159
326. Obligations du débirentier qui tue le tiers sur la tête de qui la rente est constituée..... 160
327. Obligations du débirentier qui tue le crédirentier lorsque la rente est constituée à titre gratuit..... 160

(Nos) Pages
328. Effets du meurtre d'un crédirentier par un autre crédirentier.. 160
329. La mort civile n'éteignait pas la rente..... 161

B. Rente constituée sur la tête du débirentier ou d'un tiers.

330. La mort éteint la rente. Exceptions..... 161

C. Rente constituée sur plusieurs têtes.

331. La rente peut être stipulée réversible, en cas de mort de l'une des personnes sur la tête desquelles elle est constituée, sur les autres. Cette volonté doit être présumée si ces personnes sont des tiers..... 162
332. Elle doit aussi être présumée dans le cas contraire..... 162
333. Pouvoirs du juge..... 163
334. De la clause que la rente sera réduite après le décès de l'un des rentiers..... 163

II. *Rachat.*

335. La rente ne peut être rachetée par le débi-rentier..... 163
336. ..... ni par ses créanciers..... 163
337. Cela s'applique aux rentes constituées comme charge d'une donation aussi bien qu'aux rentes constituées à titre onéreux.... 163
338. Le droit de rachat peut être stipulé..... 164

III. *Causes autres que la mort et le rachat.*

339. Absence..... 164
340. Survenance d'enfants et ingratitude..... 164
341. Inexécution des obligations..... 165
342. Prescription..... 165
343. Novation, renonciation, etc..... 166

§ II. *Effets de l'extinction.*

344. Effets de l'extinction sur les arrérages..... 166
345. Calcul du temps pendant lequel les arrérages courent..... 166
346. Du cas où les arrérages sont stipulés payables d'avance..... 166
347. Suite. Mort du crédi-rentier le jour même où commence le nouveau terme..... 167
348. Effets de l'extinction sur la restitution du capital aliéné..... 167

§ III. *Preuve de l'extinction.*

349. Charge de la preuve..... 167
350. Modes de preuve..... 168
351. Preuve à apporter par les héritiers pour les arrérages échus avant le décès..... 168

SECTION IX

DU BAIL A NOURRITURE

352. Nature du contrat..... 169
353. Ancien droit..... 169

(N°s) Pages.
354. Hypothèses où le contrat intervient..... 169
354 *bis*. Caractère onéreux..... 169
355. Le contrat n'est pas nécessairement aléatoire. Différences entre le bail aléatoire et le bail commutatif..... 170
356. Taux. Rescision pour cause de lésion. Nullité pour défaut de prix. 170
357. Nullité à raison de ce que la personne sur la tête de laquelle le bail est constitué est morte ou malade..... 171
358. Résolution pour inexécution des conditions..... 171

SECTION X

RÉTROACTIVITÉ DES LOIS

359. Application du droit commun..... 171

SECTION XI

DROIT INTERNATIONAL

360. Application du droit commun..... 172

DU MANDAT

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION ET CARACTÈRES DU MANDAT. ACTES QUI CONSTITUENT DES MANDATS

SECTION PREMIÈRE

DÉFINITION DU MANDAT

361. Définition du mandat..... 173
362. Différence avec sa définition en droit romain..... 174
363. Le trait distinctif du mandat est dans la représentation. Critique du système du code civil..... 175

SECTION II

CARACTÈRES DU MANDAT

364. Le mandat est un contrat consensuel et à titre gratuit..... 176
365. Est-il unilatéral ou synallagmatique ? Mandat salarié..... 177

SECTION III

DISTINCTION ENTRE LE MANDAT ET LES AUTRES ACTES JURIDIQUES

366. Cette distinction provient de ce que le mandat est un contrat de représentation..... 178

§ I. *Distinction entre le mandat et la vente.*

367. Nature de la distinction. Ordre de recouvrer une créance moyennant l'abandon d'une fraction de la créance. Mandat déguisé sous forme de vente..... 179

(Nos) Pages
368. Vente à condition avec prix fixé définitivement..... 179
369. Remise d'un objet pour le vendre, charge de rendre l'objet lui-même ou son prix. Exemples. Vente à condition, etc..... 179
370. Contrat pour l'émission de valeurs mobilières..... 181
371. Mission confiée à un banquier de faire le service d'un emprunt. 182
372. . . ou de toucher des coupons..... 182
373. Agent de change..... 183
374. Changeur..... 183
375. Contrat de réassurance..... 183

§ II. *Distinction entre le mandat et le bail.*

376. Bases de cette distinction. Concession de la jouissance d'un immeuble avec droit de prélever une somme fixe sur les revenus. Concession de l'exploitation de la publicité d'un journal. 184

§ III. *Distinction entre le mandat et le louage d'ouvrage. Des conventions concernant l'exercice d'une profession libérale.*

377. La distinction tient à ce que le mandataire représente le mandant. 184
378. Contrat relatif à une profession libérale..... 185
379. Suite. Avocat, médecin, peintre, professeur, etc..... 189
380. Les services promis par les personnes exerçant une profession libérale sont obligatoires. La rémunération peut être réclamée en justice..... 190
381. Rapports de l'avocat avec son client..... 191
382. Avoué..... 191
383. Expert, arbitre, agent d'affaires. Tiers chargé de fixer le prix d'une vente..... 192
384. Notaire..... 192
385. Personnes chargées d'une vente aux enchères ou de la perception d'une créance..... 193
386. Personne qui se charge de trouver un acquéreur pour un objet. 193
387. Syndic de faillite. Liquidateur de société. Liquidation judiciaire. Agréé. Huissier..... 193
388. Instituteur..... 194
389. Garde champêtre, garde chasse, régisseur..... 194
390. Employés de commerce, de chemins de fer, etc. Clerc de notaire. Gérant d'une maison de commerce. Représentant ou voyageur de commerce..... 194
391. Commissaires des courses..... 195
392. Agent, inspecteur ou courtier d'assurances..... 196
393. Administrateurs et directeurs de sociétés..... 198
394. Voiturier. Personnes chargées de remettre des marchandises.. 199
395. Capitaine de navire..... 199
396. Architecte. Ingénieur..... 201
397. Imprimeur. Agent de publicité..... 201
398. Etat considéré comme gérant des biens communaux..... 201
399. Le mandat peut être mêlé à un louage d'ouvrage. Entrepreneur chargé d'acheter le matériel..... 202

(Nos) Pages

400. Intérêts de la distinction entre le mandat et le louage d'ouvrage 202

§ IV. *Distinction entre le mandat et la société.*

401. Contrat par lequel le gérant d'un immeuble doit abandonner une part des loyers au propriétaire. Contrat par lequel un tiers est chargé de vendre une chose, avec droit de garder l'excédent du prix sur une somme fixée 203

402. Contrat par lequel un tiers est chargé d'acheter un immeuble avec obligation d'en céder une part 204

§ V. *Distinction entre le mandat et le prêt.*

403. Bases de la distinction. Convention par laquelle un agent d'assurances avance à l'assuré la première prime 205

§ VI. *Distinction entre le mandat et le dépôt.*

404. Bases de la distinction. Remise de pièces à un avoué en vue de la rédaction d'actes de procédure 205

405. Contrat par lequel un tiers se charge de visiter de temps en temps un immeuble pour le réparer, ou de garder et vendre un objet 206

406. Notaire chargé de garder, ou remettre, ou recevoir une chose 206

407. Remises de lettres de change pour les encaisser. Remise à un banquier des fonds recueillis pour constituer une société... 206

408. Intérêts de la distinction entre le dépôt et le mandat 207

§ VII. *Distinction entre le mandat et le cautionnement ou le nantissement.*

409. Bases de la distinction. Exemples 207

§ VIII. *Distinction entre le mandat et la gestion d'affaires.*

410 Bases de la distinction. Application au notaire 208

CHAPITRE II

CAPACITÉ DES PARTIES ET PERSONNES QUI PEUVENT ÊTRE CONSTITUÉES COMME MANDATAIRES

SECTION PREMIÈRE

CAPACITÉ DU MANDANT

411. Le mandant doit avoir la capacité de faire l'acte auquel le mandat se réfère. Femme mariée 209

412. La femme mariée ne peut, même avec autorisation, donner une procuration générale 210

413. Mineur émancipé. Personne pourvue d'un conseil judiciaire.. 210

414. Le mandat peut être conféré par une société 211

(Nos) Pages
415. Du moment où doit être appréciée la capacité du mandant.... 211
416. Sanction des règles de capacité..... 211

SECTION II

CAPACITÉ DU MANDATAIRE

417. Toute personne peut être constituée mandataire. Exception pour le mandat relatif à l'exécution testamentaire..... 211
418. Effets du mandat conféré à un incapable..... 213

SECTION III

PERSONNES QUI PEUVENT ÊTRE CONSTITUÉES COMME MANDATAIRES

419. Le mandataire peut être choisi librement. La femme peut être mandataire de son mari..... 213
420. Mandat à un greffier..... 214
421. Mandat en blanc..... 214
422. Mandat à un huissier de service..... 214
423. Le mandat relatif à la négociation d'effets publics doit, d'après l'opinion générale, être confié à un agent de change..... 214
424. Appréciation de cette opinion..... 219
425. En tout cas, le mandat confié à une autre personne est valable, si cette personne s'adresse à un agent de change..... 219
426. Preuve que cette personne s'est adressée à un agent de change. 219
427. Des titres auxquels s'applique le monopole des agents de change. 219
428. Des contrats auxquels s'applique ce monopole..... 220
429. Preuve que le tiers n'est pas un intermédiaire et fait une négociation directe..... 222
430. Effets de la nullité sur l'action de l'intermédiaire contre son client ou réciproquement..... 222
431. La nullité peut être invoquée par voie d'action ou d'exception. Droit du client qui a ignoré que l'intermédiaire ne recourrait pas à un agent de change..... 223
432. La bonne foi du client est présumée..... 225
433. La nullité est d'ordre public. Conséquences au point de vue du moment de l'instance où elle peut être invoquée et des droits du tribunal et du ministère public..... 225
434. La ratification ne couvre pas la nullité. Il en est de même de la prescription décennale, de la transaction, de la novation ou délégation, de la souscription de billets..... 225
435. La nullité se couvre par le règlement définitif..... 227
436. Moment où le règlement devient définitif..... 229
437. Du règlement opéré dans l'ignorance de la nullité. Preuve.... 230
438. De la couverture..... 230
439. La nullité ne peut être couverte entre personnes qui ont indivisément fait l'opération sans agent de change..... 232
440. Droit international..... 232

CHAPITRE III

OBJETS QUE PEUT AVOIR LE MANDAT

(N°s) Pages

441. Le mandat peut avoir pour objet tous les actes licites. Conduite d'un procès 232
442. Mariage 232
443. Droit de prendre une communication réservée à un commanditaire 233
444. L'objet ne peut être illicite ou impossible. Ordre de jouer ou de parier, lorsqu'il est trop tard pour transmettre l'ordre. Mandat de faire un acte déjà accompli 233
445. Mandat d'acheter des biens que le mandant est chargé d'administrer. Mandat de faire un jeu ou un pari illicites 234
446. Mandat de participer à un jeu ou un pari licites. Mandat de faire une opération de bourse 234
447. Mandat de payer une dette de jeu 235
448. Suite. Cas où le mandataire a servi d'intermédiaire au joueur pour le jeu 236
449. Suite. Mais il y a obligation naturelle 237
450. Mandat de payer une dette de jeu, confié à une personne qui a participé au jeu ou y avait intérêt 237
451. Mandat d'agir en justice pour un objet illicite 237
452. Chacune des parties peut-elle invoquer la nullité du mandat illicite ? 238
453. Le mandataire ne peut être contraint à l'accomplissement du mandat illicite ou impossible 238
454. Le mandataire ne peut exiger ses salaires ou avances, ni le mandant les bénéfices de l'opération 238
455. Recours de l'intermédiaire qui a fait une opération de bourse illicite 239
456. Action du mandant en remboursement des fonds remis au mandataire 239
457. Nantissement pour un mandat illicite. Couverture 239
458. Action en répétition du mandataire qui a ignoré le caractère illicite. Preuve de l'ignorance 239
459. L'obligation contractée envers le mandataire après que le jeu illicite est terminé est valable 240
460. De l'objet illicite en droit international 240

CHAPITRE IV

DANS L'INTÉRÊT DE QUI LE MANDAT PEUT ÊTRE DONNÉ

461. Intérêt du mandant, du mandataire, d'un tiers 241
462. Intérêt du mandataire seul 242

CHAPITRE V

FORME ET PREUVE DU MANDAT

SECTION PREMIÈRE

FORME DU MANDAT

(Nos) Pages.

463. En principe, le mandat n'est soumis à aucune forme..... 242

§ I. *Des cas dans lesquels le mandat doit être authentique.*

464. Indication des hypothèses où un texte formel exige l'authenticité..... 243

465. Lorsqu'un acte est soumis à l'authenticité, il n'en est pas nécessairement de même pour le mandat à l'effet de faire cet acte. Distinction..... 243

466. Mandat de constituer hypothèque. Cas où ce mandat est conféré à l'administrateur d'une société..... 243

467. Mandat de subroger à l'hypothèque légale de la femme mariée. Mandat de donner main-levée d'une inscription hypothécaire. 246

468. Mandat de représenter à un contrat de mariage. Mandat de céder un brevet d'invention..... 246

469. Mandat d'accepter une cession de créance. Mandat d'emprunter avec subrogation..... 246

470. Mandat de plaider..... 247

471. Mandat d'accepter une succession, de renoncer à une succession ou à une communauté..... 247

472. Lorsque l'authenticité du mandat n'est pas nécessaire, les tiers peuvent-ils exiger que le mandat soit authentique, ou que la signature du mandant soit légalisée?..... 248

§ II. *Formes du mandat authentique ou sous seing privé.*

473. Le mandat authentique peut être en minute ou en brevet. Exemple..... 248

474. Le dépôt d'une procuration sous seing privé dans une étude de notaire équivaut à l'authenticité..... 248

475. Le mandat, même s'il doit être authentique, peut être conçu en termes quelconques..... 249

476. Le mandat sous seing privé doit-il être fait en double? Est-il soumis à la formalité du *bon pour ou approuvé?*..... 249

477. Le mandat peut être donné par lettre ou télégramme..... 249

§ III. *Du mandat en blanc.*

478. Le mandat peut être donné en blanc..... 250

§ IV. *Des cas dans lequel le mandat doit être écrit.*

479. Principe..... 250

480. Mandat de comparaître en justice de paix. Mandat d'accepter une succession, de renoncer à une succession ou à une communauté..... 250

§ V. *Du mandat tacite.*

(Nos) Pages.
481. Le mandat tacite est valable. Exceptions..... 251
482. Appréciation de l'existence d'un mandat tacite..... 252
483. La gestion d'affaires accomplie à la connaissance du maître est-elle un mandat tacite? Mandat tacite à un huissier ou à un agent d'affaires..... 252
484. Mandat à la femme relativement aux dépenses de ménage et de toilette..... 253
485. Suite. Cas où le mari n'est pas tenu des dépenses faites par la femme..... 257
486. Suite. Mandat tacite à la femme de louer un appartement en l'absence du mari..... 257
486 *bis*. Mandat tacite par la femme au mari..... 257
486 *ter*. Mandat tacite à la concubine..... 257
486 *quater* Mandat tacite par les enfants au père..... 258
487. Mandat tacite par un maître à son domestique..... 259
487 *bis*. Mandat tacite au voyageur de commerce..... 259
488. Mandat tacite à un avoué ou huissier..... 259
489. Mandat tacite résultant de l'élection de domicile..... 260
490. Mandat tacite au notaire relativement aux droits d'enregistrement..... 261
491. Mandats tacites accessoires, notamment à un notaire..... 262
492. Droit international..... 262

§ VI. *Acceptation du mandat.*

493. L'acceptation du mandataire est nécessaire..... 262
494. L'acceptation est généralement postérieure au mandat..... 263
495. L'acceptation est indivisible..... 263
496. Elle ne peut être postérieure à la mort du mandant. Des actes faits dans l'ignorance de la mort du mandant..... 263
497. L'acceptation peut être tacite. Exemple..... 263
498. L'acceptation n'est pas obligatoire. Avocat..... 264
499. Quelquefois l'offre émane du mandataire et l'acceptation du mandant. Lettre, circulaire ou annonces publiques..... 265

§ VII. *Du lieu où se forme le mandat.*

500. Principe. Application au droit international..... 265

SECTION II

PREUVE DE L'EXISTENCE DU MANDAT

§ I. *Preuve du mandat entre les parties.*

I. *Modes de preuve.*

501. Preuve entre les parties par témoins et présomptions. Notaire. Médecin. Mandat commercial..... 266
502. Preuve par l'aveu ou les conclusions écrites des parties..... 268

(Nos) Pages.
503. Preuve que le mandataire dissimule un tiers..... 268
503 *bis*. Preuve du mandat portant sur des actes matériels..... 268
504. Preuve du mandat tacite..... 268
504 *bis*. Preuve de la prorogation du mandat tacite..... 271
505. Suite. Cas où il existe un commencement de preuve par écrit.. 271
505 *bis*. Preuve du mandat commercial..... 272
506. Preuve de l'acceptation du mandat..... 272

II. *Charge de la preuve. Pouvoirs du juge.*

507. Charge de la preuve..... 272
508. Pouvoirs du juge et de la cour de cassation..... 273

§ II. *Preuve vis-à-vis des tiers.*

509. Preuve par le mandataire..... 273
510. Preuve par les tiers qui ont traité avec le mandataire..... 274

CHAPITRE VI

DES DIFFÉRENTES SORTES DU MANDAT.

SECTION PREMIÈRE

MANDAT CONVENTIONNEL, LÉGAL OU JUDICIAIRE

511. Le mandat peut être conventionnel, légal ou judiciaire..... 275
512. Tendance de la jurisprudence à l'extension du mandat judiciaire..... 276

SECTION II

MANDAT ORDINAIRE ET PRÈTE-NOM, MANDAT CIVIL ET COMMERCIAL

513. Intérêt de ces distinctions. Renvoi..... 276

SECTION III

MANDAT GÉNÉRAL ET SPÉCIAL

514. Cette distinction a trait à l'étendue du mandat..... 277
515. Hypothèses où le mandat ne peut être que spécial..... 277
516. De la manière dont peut être conféré le mandat qui, d'après la loi, doit être spécial..... 277

SECTION IV

MANDAT CONÇU EN TERMES GÉNÉRAUX OU NON

517. Sens de la distinction..... 278
518. Le mandat d'administrer n'est pas un mandat conçu en termes généraux..... 278

SECTION V

MANDAT JUDICIAIRE ET EXTRAJUDICIAIRE

519. En quoi le mandat d'agir en justice diffère des autres mandats..... 278

CHAPITRE VII

ÉTENDUE DU MANDAT

SECTION PREMIÈRE

ÉTENDUE DU MANDAT CONÇU EN TERMES GÉNÉRAUX

(N°s) Pages.

520. Le mandataire dont le pouvoir est conçu en termes généraux ne peut qu'administrer. Application aux gérants de sociétés. 279
521. Il en est ainsi même s'il a reçu le pouvoir d'agir librement... 279
522. Il ne peut consentir un droit réel ou y renoncer..... 280
523. Il peut faire quelquefois des aliénations. Exemples..... 280
524. Emprunts et constitutions d'hypothèque..... 281
525. Aliénations à titre gratuit. Cadeaux d'usage..... 282
526. Achat d'objets nécessaires à l'administration. Marchés de travaux..... 282
527. Action en justice..... 282
528. Suite. Poursuite des débiteurs..... 283
529. Délation de serment. Aveu. Inscription de faux..... 284
530. Prorogation de juridiction. Acquiescement..... 284
531. Quittance. Réception d'objets donnés en paiement..... 284
532. Novation Mainlevée..... 285
533. Destination des fonds..... 285
534. Paiement des dettes naturelles..... 286
535. Novation. Dation en paiement. Actes interruptifs de prescription..... 286
536. Baux..... 286
537. Transactions. Nantissements. Compromis..... 287
538. Acceptation ou répudiation de succession. Acceptation de donation..... 288
539. Pouvoirs de l'avoué..... 288
540. Pouvoirs du gérant ou employé d'une maison de commerce... 289
541. Pouvoirs du représentant de commerce et du voyageur de commerce..... 289
542. Pouvoirs du régisseur..... 291
543. Pouvoirs de l'agent d'assurances..... 291
544. Pouvoirs du courtier d'assurances..... 291

SECTION II

ÉTENDUE DU MANDAT NON CONÇU EN TERMES GÉNÉRAUX

545. Le mandat doit être interprété restrictivement. Le mandat de transiger n'emporte pas pouvoir de compromettre..... 291
546. Le mandataire chargé de faire une convention peut accepter une clause pénale..... 292
547. Mandataire chargé de toucher une créance..... 292
548. Suite. Ce mandataire peut conférer à un huissier pouvoir de faire une saisie immobilière..... 293
549. L'huissier qui détient les titres exécutoires peut recevoir la dette. Le mandat de saisir ne permet pas de se rendre adjudicataire pour le mandant..... 293

(Nos) Pages.
550. Le mandat de payer une dette permet d'emprunter pour la payer..... 293
551. Mandat confié à un notaire..... 293
552. Mandataire chargé d'employer les fonds prêtés à libérer un immeuble..... 294
553. Mandataire chargé de vendre ou de louer..... 294
554. Mandat de constituer une dot..... 295
555. Le mandat d'aliéner ne confère pas le pouvoir de consentir à une clause exorbitante du droit commun..... 295
556. Mandataire chargé d'acheter..... 295
557. Mandataire chargé de prendre une inscription hypothécaire.... 295
558. Mandataire chargé de faire des démarches ou de plaider..... 295

SECTION III

DU BLANC-SEING

559. Le mandat sous forme de blanc-seing est valable..... 296

SECTION IV

PREUVE DE L'ÉTENDUE DU MANDAT. POUVOIRS DU JUGE

560. L'étendue du mandat peut être prouvée par tous moyens. Charge de la preuve..... 297
561. Pouvoirs du juge..... 297

CHAPITRE VIII

OBLIGATIONS DU MANDATAIRE VIS-A-VIS DU MANDANT

562. Indication de ces obligations..... 298

SECTION PREMIÈRE

DE L'EXÉCUTION DU MANDAT

563. Jusqu'à quand le mandataire est tenu d'exécuter le mandat.... 298

§ I. *Personnes qui doivent et peuvent exécuter le mandat. De la substitution.*

564. Les créanciers du mandataire ne peuvent exécuter le mandat.. 298
565. Indication générale des questions relatives à la substitution.... 299

I. *A quelles conditions la substitution peut avoir lieu.*

566. La substitution peut n'être pas autorisée par le mandant..... 299
567. Capacité du mandataire et du substitué..... 300

II. *Effets de la substitution dans les rapports entre le mandant et le mandataire*

568. Division..... 300

A. Du cas où la procuration est muette sur la substitution.

569. La substitution est alors permise, mais le mandataire est responsable du substitué..... 300
570. Il n'est pas responsable des cas fortuits qui se produisent dans la gestion du substitué..... 301

(N°s) Pages.

571. L'avocat ne peut se faire suppléer sans l'autorisation du client. La femme mandataire du mari ne peut se substituer un tiers sans autorisation du mari. Le mandataire chargé de réclamer une réduction de contributions directes peut-il se désigner un substitué ? 302

572. L'agent d'affaires chargé de suivre une instance moyennant une quote part des sommes touchées peut-il se désigner un substitué ? 302

573. Le mandataire chargé d'une opération de bourse ne peut se substituer qu'un agent de change 302

B. Du cas où la procuration contient le droit de substituer une personne déterminée.

574. Le mandataire qui se substitue la personne désignée n'est pas responsable du substitué. Doit-il le surveiller ? 303

C. Du cas où la procuration contient le droit de substituer un tiers quelconque.

575. Le mandataire ne répond pas alors du substitué, à moins qu'il n'ait choisi une personne notoirement incapable ou insolvable ou suspecte, ou qu'il est chargé de surveiller. Dans quels cas il est réputé être chargé de surveiller le substitué 303

576. Le pouvoir de substituer peut être tacite. Peut-il résulter de la nature du mandat ou de la profession du mandataire ? Existe-t-il si l'exécution du mandat devient difficile au mandataire ? 304

D. Du cas où la procuration interdit la substitution ?

577. Le mandataire répond alors du substitué ; il répond de certains cas fortuits 305

III. *Effets de la substitution dans les rapports du mandataire et du substitué.*

578. La substitution a les effets du mandat. Cependant le contraire peut résulter des circonstances 306

579. Le mandataire doit indemniser le substitué de ce qui lui est dû. Il en est autrement si le mandataire a remis la chose au mandant 306

580. Le substitué peut-il ou doit-il payer au mandataire les fonds touchés ou lui rendre compte ? Le mandataire actionné par le mandant peut-il agir en garantie contre le substitué ? 306

V. *Effets de la substitution dans les rapports du mandant et du substitué.*

A. Action du mandant contre le substitué.

581. Le mandant a une action directe contre le substitué. Conséquences 307

582. Le substitué qui a ignoré le mandat peut faire ses versements au mandataire 308

583. Il en est autrement si le substitué a connu le mandat 308

584. Application à l'agent de change 309

585. Si le substitué a rendu ses comptes au mandataire, le mandant peut-il encore agir contre lui ? 309

586. Les clauses relatives à la responsabilité du mandataire règlent-elles les rapports du mandant avec le substitué ? 310

B. Action du substitué contre le mandant.

(Nos) Pages.
587. L'action est directe. Conséquences..... 310
588. Le substitué n'a pas une action solidaire contre le mandant et le mandataire..... 311

V. *Effets de la substitution dans les rapports du mandant et du mandataire avec les tiers.*

589. Distinction suivant que le substitué a agi au nom du mandant ou du mandataire..... 311

VI. *Fin de la substitution.*

590. Révocation et renonciation..... 312
591. Mort du mandant ou du mandataire..... 312

VII. *De la substitution au mandat judiciaire ou légal.*

592. Les règles de la substitution au mandat conventionnel ne sont pas applicables..... 312

§ II. *Responsabilité du mandataire.*

I. *Fautes et faits dont le mandataire est responsable.*

593. Distinction entre le mandat gratuit et le mandat salarié..... 313
594. Suite..... 314
595. Fautes consistant dans une omission. Erreur de droit..... 314
596. Le mandataire n'est pas responsable du cas fortuit. Exemples.. 315
597. Du cas fortuit qui se manifeste pendant l'exécution du mandat. 315
598. Le mandataire n'est pas responsable de la faute du mandant. Exemples..... 316
599. Il doit prévenir le mandant de l'exécution du mandat. Sanction de cette obligation..... 316
600. Le mandataire doit rembourser au mandant les dommages-intérêts que sa faute a forcé ce dernier à payer à des tiers.... 316
601. Responsabilité pour le retard dans l'exécution. Exemples..... 316
602. Le mandataire peut recevoir un salaire du cocontractant..... 317
603. Il n'est pas responsable des vices des marchandises achetées. Exceptions. Responsabilité pour la perte des marchandises. 317
604. Responsabilité de l'insolvabilité du cocontractant..... 318
605. Responsabilité du mandataire qui, chargé de prêter des fonds, n'a pas stipulé la subrogation à l'hypothèque..... 319
606. Responsabilité du mandataire qui, pour sauver sa chose, sacrifie celle du mandant..... 319
607. Responsabilité des vices lorsque le mandataire s'est conformé aux ordres du mandant..... 319
608. Le mandataire qui a agi en son nom doit subroger le mandant à ses droits..... 320
609. Le mandataire peut-il remplacer les marchandises qu'il a achetées par d'autres ?..... 320
610. Doit-il envoyer les fonds par lettre chargée ?..... 320
611. Responsabilité de l'agent de change chargé d'acheter ou vendre des titres..... 320

(N°°) Pages
612. Responsabilité du banquier..... 321
613. Responsabilité du mandataire pour le préjudice résultant de l'exécution du mandat..... 321
614. Expert..... 322
615. Huissier qui procède à un acte irrégulier..... 322
616. Responsabilité du mandataire qui tire du mandat un profit personnel..... 322
617. Responsabilité du mandant qui excède son mandat ou change le mode d'exécution..... 322
618. Le mandataire chargé de faire une opération peut-il la prendre pour son compte ?..... 323
619. Suite. Report..... 327
620. Suite. Nullité de l'opération de contre-partie faite illégalement..... 328
620 *bis*. Suite. Preuve..... 328
620 *ter*. Suite. Clause contraire..... 328
621. Suite. Droit des agents de change..... 330
622. Responsabilité du notaire pour les irrégularités des actes, le préjudice résultant d'actes qu'il a conseillé de faire ou a été chargé d'examiner, les faits qu'il a omis de signaler, l'identité, la capacité et les pouvoirs des parties..... 330
623. Responsabilité du notaire pour les erreurs de fait..... 336
624. Erreur de droit commise par le notaire..... 336
625. Responsabilité du notaire pour les suites de l'acte..... 337
626. Responsabilité du notaire qui n'a pas prévenu les parties des conséquences des actes..... 339
627. Responsabilité du notaire quand les parties sont illettrées ou incapables..... 340
628. Le notaire n'a pas à contrôler les déclarations des parties. Il doit faire les mentions nécessaires..... 341
629. Il est responsable de la nullité d'un acte pour cause de forme. 341
630. La responsabilité du notaire est-elle atténuée par la faute des parties ou d'un autre notaire ?..... 341
631. Le notaire n'est pas réputé, jusqu'à preuve contraire, mandataire des parties..... 341
632. Responsabilité du notaire vis-à-vis des personnes qui contractent avec son client..... 342
633. Responsabilité de l'avoué..... 342
634. Responsabilité du médecin en ce qui concerne les soins donnés. 343
635. Responsabilité du médecin qui divulgue la maladie..... 344

II. *Des conditions auxquelles est subordonnée la responsabilité en cas de faute.*

A. Clauses excluant la responsabilité.

636. Validité de ces clauses. Notaire..... 345

B. Existence d'un préjudice.

637. Le préjudice est nécessaire pour que la responsabilité du mandataire soit engagée..... 345

C. Ratification ou renonciation.

(Nos) Pages.
638. Elle éteint l'action en responsabilité. Le silence du mandant n'est pas une renonciation..... 345

D. Prescription.

639. Durée..... 346
640. Point de départ..... 346

III. *Clauses étendant la responsabilité du mandataire.*

641. Elles sont valables. Commissionnaire ducroire..... 346
642. Le mandataire peut-il recevoir défense de se constituer contre-partie ? Renvoi..... 347

IV. *Nature et montant de la responsabilité.*

A. Réparation pécuniaire du préjudice.

a. *Principal.*

643. Le mandataire n'est responsable de sa faute que dans les limites du préjudice. Exemple..... 347
644. Application au notaire..... 348
645. Application à l'avoué..... 350
646. Le mandataire peut-il déduire la valeur des profits procurés au mandant?..... 350
646 *bis*. Montant de la responsabilité s'il y a plusieurs mandataires.... 350

b. *Intérêts.*

647. Renvoi..... 351

B. Sort de l'acte accompli contrairement au mandat.

648. Le mandant n'est pas forcé de faire vis-à-vis du mandataire l'affaire sienne..... 351
649. Exception pour le cas où le mandant n'a pas d'intérêt à repousser l'opération. Du cas où le mandataire prend à sa charge la perte résultant de l'exécution défectueuse du mandat.... 351
650. Recours du mandataire qui n'a fait qu'une exécution partielle, avantageuse au mandant..... 352

V. *Division de la responsabilité entre les mandataires.*

651. Il n'y a pas de solidarité entre les mandataires. En est-il de même en cas de faute commune ou concertée ?..... 352
652. Faute commune commise par des notaires..... 353
653. Responsabilité d'un mandataire qui a refusé de faire un acte devant être accompli en commun. Responsabilité des mandataires qui devaient agir séparément et dont aucun n'a agi ou dont un seul a agi..... 353
654. Responsabilité des mandataires qui devaient agir solidairement et dont aucun n'a agi..... 353
655. En principe chacun des mandataires peut faire l'acte 354
656. Solidarité dans le mandat salarié..... 354
657. Solidarité entre exécuteurs testamentaires ou entre mandataires commerciaux. Formes de la stipulation de solidarité..... 354

(Nos) Pages
658. Effets de la stipulation de solidarité..... 354
659. Suite 354

VI. *Preuve en matière de responsabilité du mandataire. Pouvoirs du juge du fond.*

660. La faute du mandataire est présumée. Exemples..... 355
661. Le mandant doit prouver les recettes faites. Le mandataire doit prouver l'événement qui l'empêche d'en rendre compte 355
662. Modes de preuve de l'exécution du mandat..... 356
663. Modes de preuve du fait que le mandataire a prévenu le mandant de l'exécution..... 356
664. Modes de preuve de la faute ou du dol du mandataire..... 356
665. Modes de preuve du fait que le mandataire a reçu quelque chose pour le mandant..... 356
666. Le mandataire n'est pas cru sur son affirmation pour la réception des objets et leur restitution. La remise du titre ne fait pas présumer la libération..... 356
667. Preuve en matière de détournement de fonds..... 357
668. Preuve du préjudice..... 357
669. Pouvoirs des juges du fait..... 357

SECTION II

OBLIGATION DE RENDRE COMPTE

§ I. *Des mandataires tenus de rendre compte et des dispenses de rendre compte.*

670. L'obligation de rendre compte s'applique à tous les mandataires. Mandataire judiciaire ou légal, femme mandataire de son mari ou mari mandataire de sa femme..... 358
671. Le mandataire qui a agi comme prête-nom d'un tiers est-il dispensé de rendre compte ?..... 358
672. La reddition de compte est inutile si le mandant exerce un contrôle constant sur le mandataire. Clerc de notaire. Mandataire enfant ou domestique du mandant..... 358
673. Validité et effets de la dispense de rendre compte..... 359
674. Formes de cette dispense..... 359
675. Le mandant ne peut après cette dispense exiger le compte.... 359

§ II. *Formes de compte.*

676. Le compte doit être détaillé et accompagné des pièces justificatives. La production des livres du mandataire peut-elle être exigée ?..... 359
677. Action en revendication du mandant contre le mandataire et ses ayants cause..... 360

§ III. *Contenu du compte.*

I. *Principal.*

(N°s) Pages

678. Le mandataire doit rendre compte de tout ce qu'il a reçu sauf par une erreur matérielle..... 360
679. Doit-il rendre compte d'un mandat illicite ou du profit illicite du mandat ?..... 361
680. Restitution des profits indirects. Vente d'une chose pour un prix inférieur au prix fixé par le mandat..... 361
681. Recettes que le mandataire a négligé de faire..... 362

II. *Intérêts.*

A. Point de départ des intérêts.

682. Solution à laquelle conduirait le droit commun..... 362
683. Point de départ pour les sommes employées à l'usage du mandataire. Application à l'agent d'assurances, au notaire, au syndic de faillite..... 362
684. Intérêts des intérêts touchés pour le mandat..... 363
685. Motifs de la dérogation au droit commun. Faits constituant la mise en demeure..... 363
686. Si le reliquat du compte n'est pas fixé, il faut une demande en reddition de compte mentionnant les intérêts..... 364
687. Point de départ des intérêts des honoraires perçus à tort par le mandataire..... 364
688. Point de départ des intérêts des fonds restés sans emploi..... 364
688 *bis*. Point de départ si le mandataire a commis une faute spéciale. 365

B. Prescription des intérêts.

689. La prescription est tantôt de trente ans et tantôt de cinq ans.. 365

C. Taux des intérêts.

690. Liberté de la convention..... 365
691. Droit international..... 366

§ IV. *Preuve en matière de compte.*

692. Renvoi pour la preuve de la faute de l'exécution, etc..... 367
693. Preuve de l'usage des fonds fait pour le mandataire ; preuve de la date de cet usage..... 367
694. La preuve de la nature de l'usage est inutile..... 368

§ V. *Prescription en matière de reddition de compte.*

695. La prescription est de trente ans..... 368
696. Le mandataire ne peut prescrire la propriété des immeubles du mandant..... 368

SECTION III

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE VIS-A-VIS DU MANDANT EN DROIT INTERNATIONAL

(Nos) Pages.

697. Application de la loi du lieu où le contrat est passé ou de la loi nationale 368
698. Détermination de la question de savoir si le mandataire peut se constituer contre-partie de son client 369
699. Du contrat passé entre le mandataire et le tiers 369

CHAPITRE IX

OBLIGATIONS DU MANDANT VIS-A-VIS DU MANDATAIRE

700. Elles ne naissent que postérieurement à la procuration 370
701. Si le mandant agit comme administrateur des biens d'autrui, c'est l'administré qui est considéré comme mandant 370
702. Indication des obligations du mandant 370

SECTION PREMIÈRE

OBLIGATION DE RENDRE LE MANDATAIRE INDEMNE

703. Subdivision de cette obligation 370

§ I. *Obligation de rembourser au mandataire ses avances et ses frais.*

I. *Montant et conditions du remboursement.*

A. Principal.

704. Le remboursement doit avoir lieu même si l'affaire n'a pas réussi. 371
705. Le remboursement doit être intégral. Exception pour le cas où les dépenses sont exagérées. Pouvoir des tribunaux 371
706. Suite 372
707. Montant des remboursements pour les dépenses nécessaires ou utiles. Dépenses inutiles 373
708. Dépenses faites après la mort du mandant. Dépenses pour l'exécution d'un mandat illicite 373

B. Intérêts.

a. *Point de départ des intérêts.*

709. L'intérêt court du jour des avances. Constatation des avances. Du cas où le mandataire a été obligé de tenir les fonds à la disposition des tiers 373
710. Point de départ des intérêts dus au notaire 374
711. Point de départ des intérêts dus à l'avoué 375

b. *Taux des intérêts.*

712. Distinction entre le mandat civil et le mandat commercial 376

c. *Intérêts des intérêts.*

713. Ils ne courent pas de plein droit 376

II. *Extinction de l'action en remboursement.*

(N°s) Pages
714. Renonciation..... 376
715. Prescription..... 377

III. *Mode de payement des avances.*

716. Le mandataire peut retenir ses avances sur les capitaux des mandants..... 377
717. Il peut également y retenir les intérêts..... 377

IV. *Lieu de remboursement d'avances.*

717 *bis*. Elles sont payables au domicile du débiteur..... 378

V. *Preuve en matière d'avances.*

718. Preuve des avances ou de leur remboursement..... 378
719. Preuve de l'époque des avances..... 378

§ II. *Obligation d'indemniser le mandataire des pertes éprouvées dans sa gestion.*

720. Les pertes causées directement par la gestion doivent seules être remboursées, à l'exclusion des pertes provenant d'un cas fortuit. Exemples..... 378
720 *bis*. Suite. Perte révélée après la fin du mandat..... 379
721. Du cas fortuit arrivé par la faute du mandataire..... 379
722. L'indemnité est due même si le mandat n'a procuré aucun profit au mandant..... 380
723. Le droit à l'indemnité appartient même au mandataire salarié Capitaine de navire. Locateurs d'ouvrage. Clause contraire. 380
724. Preuve de la question de savoir s'il y a faute ou cas fortuit.... 380
724 *bis*. Prescription de l'action du mandataire..... 380

§ III. *Obligation de décharger le mandataire des obligations qu'il a contractées.*

725. Hypothèses où cette obligation existe..... 381

SECTION II

OBLIGATION DE PAYER LE SALAIRE DU MANDATAIRE

§ I. *Des cas dans lesquels le mandat est salarié.*

726. Le mandat n'est gratuit que sauf condition contraire. Il reste un mandat même si le salaire est l'équivalent du service rendu..... 381
727. Le salaire peut être convenu tacitement..... 382
728. Il est sous-entendu en matière commerciale..... 383
729. .... ou s'il rentre dans l'exercice de la profession du mandataire. Avoué. Huissier. Arbitre. Agent d'affaires..... 383
730. Suite. Notaire..... 384
731. L'avocat peut-il exiger ses honoraires en justice?..... 386

(Nos) Pages.
732. Médecin..... 388
733. Il peut arriver que le mandat rentrant dans l'exercice de la profession ne soit pas salarié. Agent d'affaires..... 388
734. Le mandat à un banquier de toucher les coupons sans rémunération est-il gratuit ou salarié ? Mandat à un notaire de recevoir et transmettre des actes..... 388
735. Charge de la preuve de la stipulation d'un salaire. Pouvoirs du juge du fait..... 388

§ II. *Montant du salaire et circonstances dans lesquelles le salaire convenu est dû.*

I. *Principal.*

736. Les parties fixent librement le salaire..... 389
737. Le salaire peut être convenu à forfait ou pour le cas seulement où l'affaire réussira. Pacte *de quota litis*. Clause que les honoraires seront plus élevés en cas de succès qu'en cas d'insuccès..... 389
738. Les tribunaux peuvent-ils réduire les honoraires exagérés ?.... 390
739. Application à l'agent d'affaires, au médecin, au mandat dissimulé sous forme de vente, au notaire, à l'avoué..... 392
740. Les honoraires fixés d'avance ne peuvent être augmentés..... 393
741. Le salaire fixé ou payé après l'exécution ne peut être réduit... 393
742. Le salaire ne peut être réduit par la raison que l'opération n'a pas réussi ou que la convention est inexécutée, résolue ou annulée. Application au notaire..... 393
743. Le défaut d'exécution ou la mauvaise exécution du mandat donnent lieu à la réduction du salaire. Application..... 394
744. Point de départ des intérêts des honoraires perçus en trop.... 395
745. Si le défaut d'exécution est dû à la faute du mandant, les salaires sont exigibles..... 395
746. Les tribunaux décident si le mandat est exécuté..... 395
747. Les salaires fixés après l'exécution du mandat peuvent être réduits ou supprimés si le mandataire a commis une faute. 396
748. Salaire du mandataire sans l'intermédiaire duquel l'acte a été passé, ou qui a été révoqué..... 396
749. Lieu dont l'usage doit être invoqué pour la fixation du salaire à défaut de convention..... 396
750. Pouvoir des tribunaux à défaut de convention et d'usage des lieux. Application aux médecins et aux avocats..... 396
751. Le mandant doit-il un salaire au mandataire substitué? Renvoi. 398

II. *Intérêts.*

752. Les intérêts du salaire ne courent que de la demande en justice. Application aux notaires et avoués. Taux des intérêts. 398

§ III. *Preuve en matière de salaire.*

753. Le mandataire doit justifier de l'accomplissement du mandat. Modes de preuve. Application au médecin..... 399

§ IV. *Époque du paiement des salaires. Prescription.*

(Nos) Pages.
754. Époque du paiement..... 400
755. Prescription..... 401

SECTION III

SOLIDARITÉ ENTRE LES MANDANTS

§ I. *Mandats auxquels s'applique la solidarité.*

756. Il y a solidarité, en principe, entre les mandants..... 401
757. Application au mandat salarié. Notaire, avoué. Agent d'affaires..... 401
758. Application aux arbitres et experts..... 403
759. Application au syndic de faillite. Application au mandataire légal..... 404
760. La solidarité n'existe que si le mandat a le même objet pour tous les mandants. Du mandat conféré par certains seulement des intéressés ou par actes distincts..... 405

§ II. *Durée de la solidarité.*

761. Elle dure autant que l'action du mandataire..... 405

SECTION IV

GARANTIES DE RECOUVREMENT ACCORDÉES AU MANDATAIRE

§ I. *Privilège.*

762. Le privilège n'existe que pour les frais de conservation..... 406

§ II. *Droit de rétention.*

763. Le mandataire a un droit de rétention pour les dépenses faites sur la chose. Commissionnaire. Banquier ou agent de change..... 406
764. Avoué, huissier, notaire, avocat..... 407
764 *bis*. Le mandataire a-t-il le droit de rétention tant que la décharge lui est refusée?..... 408
765. Le droit de rétention n'existe pas sur les choses étrangères au mandat..... 408
766. Il ne peut être exercé sur les actes remis en vue du mandat.. 408
767. Il n'existe pas pour les honoraires..... 408
768. Le droit de rétention disparaît après la restitution de la chose. 409

§ III. *Saisie des biens du mandataire.*

769. Il faut pour cela un titre exécutoire. Une mise en demeure n'est pas nécessaire..... 409

SECTION V

DES OBLIGATIONS DU MANDANT ENVERS LE MANDATAIRE EN DROIT INTERNATIONAL

(Nos) Pages.

770. Application de la loi du lieu du contrat ou de la loi nationale. Honoraires des avocats..... 409

771. Droit de rétention..... 410

CHAPITRE X

RAPPORTS DU MANDANT ET DU MANDATAIRE AVEC LES TIERS

SECTION PREMIÈRE

OBLIGATIONS DU MANDANT VIS-A-VIS DES TIERS

§ I. *Obligations du mandant relativement aux actes passés par le mandataire dans la limite de ses pouvoirs.*

772. Le mandant est tenu d'exécuter les engagements du mandataire. Le mandataire représente le mandant. Responsabilité pour les actes du mandataire, sa faute, ses aveux, les condamnations prononcées contre lui..... 410

773. Les actes du mandataire font foi de leur date contre le mandant, sauf preuve contraire. Ils font commencement de preuve contre lui. Effets de la contre-lettre du mandataire. Droits des tiers vis-à-vis desquels le mandataire s'est engagé en son propre nom..... 411

774. Si la copie du mandat est différente de l'original, le mandant n'est engagé que dans les termes de l'original, même quand la modification est due à une fraude du mandataire..... 412

775. Les actes du substitué sont-ils opposables au mandant ? Renvoi..... 413

776. Actes du faux mandataire..... 413

§ II. *Obligations du mandant relativement aux actes passés par le mandataire hors de la limite de ses pouvoirs.*

I. *Obligations du mandant à défaut de ratification.*

777. Le mandant n'est pas tenu, en ce cas, des engagements du mandataire. Exemples..... 413

778. Exceptions pour le cas où le mandant ne souffre pas de l'irrégularité..... 414

779. Charge de la preuve du point de savoir si le mandataire a excédé le mandat..... 414

780. Le mandant est tenu si les tiers ont pu croire que le mandataire n'excédait pas ses pouvoirs. Exemples. Actes d'un faux mandataire..... 414

781. Le mandant ne peut opposer aux tiers les modifications dont ils n'ont pas eu connaissance..... 416

(N°s) Pages.

782. Obligations du mandant en cas de blanc-seing. Obligation pour les délits du mandataire. Amendes fiscales..... 416

II. *Obligations du mandant en cas de ratification.*

A. Formes de la ratification.

783. Le mandant peut ratifier les actes du mandataire..... 417
784. Formes de la ratification tacite..... 418
785. Exemples de ratification tacite. Pouvoirs du juge..... 418
786. Formes de la ratification en cas de vice de forme..... 419
787. La ratification n'exige pas la présence des tiers..... 420
788. ..... ni celle du mandataire..... 420

B. Effets de la ratification.

789. Dans les rapports entre les parties, la ratification rétroagit. Effets en ce qui concerne le point de départ des intérêts des avances..... 420
790. La ratification ne rétroagit pas à l'égard des tiers..... 420
791. La ratification entraîne approbation de l'acte tant vis-à-vis du mandataire que vis-à-vis des tiers. Conséquences. Exceptions..... 421
792. Effets de la ratification sur la compétence..... 421

C. Actes susceptibles de ratification et personnes qui peuvent ratifier.

793. Ce sont tant les actes passés par un mandataire hors de ses pouvoirs que les actes du mandataire agissant en vertu d'un mandat nul..... 421
793 *bis*. Personnes qui peuvent ratifier..... 421

§ III. *Obligations du mandant vis-à vis des tiers en droit international.*

794. Limites dans lesquelles le mandant est engagé..... 422
795. Loi qui détermine les obligations du mandant vis-à-vis des tiers..... 422
796. Ratification..... 423

SECTION II

DROITS DU MANDANT VIS-A-VIS DES TIERS

797. Le mandant a une action directe contre les tiers. Exception pour le cas de fraude du mandataire..... 424
798. Du cas où le mandataire a contracté en son nom personnel.... 424
799. Du cas où le mandataire a excédé ses pouvoirs..... 424

SECTION III

DROITS ET OBLIGATIONS DU MANDATAIRE VIS-A-VIS DES TIERS

800. Le mandataire n'est pas tenu vis-à-vis des tiers, sauf s'il agit en son nom personnel. 425

(Nos) Pages.

801. Du cas où le mandataire agit à la fois en son nom et au nom du mandant. Du cas où le prétendu mandat n'existe pas... 425
802. Le mandataire est responsable de son délit, ou du délit du mandant auquel il a participé..... 426
803. Il n'est pas responsable des suites de l'exécution du mandat. Exemple..... 427
804. Le mandataire qui excède ses pouvoirs est-il tenu vis-à-vis des tiers ?..... 427
805. Suite. Preuve que le mandataire n'a pas donné aux tiers connaissance de ses pouvoirs..... 428
806. Suite. Le mandataire n'a pas, pour échapper à toute responsabilité, besoin d'indiquer le nom du mandant. Mais il ne lui suffit pas d'indiquer la date de la procuration..... 428

CHAPITRE XI

FIN DU MANDAT

SECTION PREMIÈRE

ÉVÉNEMENTS QUI METTENT FIN AU MANDAT

807. Indication de ces événements..... 428

§ I. *Révocation du mandat par le mandant.*

808. Historique et motifs..... 429

I. Des mandats qui peuvent être révoqués et de l'indemnité due en cas de révocation.

809. Tout mandat est révocable. Application aux directeurs et administrateurs de sociétés..... 429
810. Mandat donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire. Mandat donné dans l'intérêt du mandataire ou d'un tiers. Exemple. Mandat qui est la condition d'un contrat synallagmatique..... 431
811. Dans ces divers cas le mandat peut être révoqué avec l'assentiment des intéressés ou par les tribunaux..... 432
812. Mandataire salarié..... 432
813. Suite. Cas où la révocation du mandataire salarié est causée par sa faute..... 434
814. Suite. Révocation intempestive du mandat salarié. Remboursement des avances du mandataire salarié..... 434
815. Révocation d'un mandataire dans le seul but de lui nuire. Clause interdisant la révocation..... 435
816. Les dommages-intérêts peuvent être fixés d'avance..... 435
817. Clause autorisant la révocation en toute hypothèse. Renonciation du mandataire salarié à l'indemnité..... 436

II. De la clause d'irrévocabilité du mandat.

818. Cette clause est valable. Clause soumettant la révocation à certaines conditions..... 436

(Nos) Pages

819. Clause d'irrévocabilité des administrateurs et directeurs de sociétés..... 437

III. *Des personnes qui peuvent révoquer le mandat et de la capacité en matière de révocation.*

820. S'il y a plusieurs mandants, chacun d'eux peut révoquer..... 438
821. Il en est autrement si le mandat est conféré dans leur intérêt commun. Révocation du mandat conféré dans l'intérêt commun du mandant et d'un tiers..... 438
822. Capacité..... 439

IV. *Formes et étendue de la révocation.*

823. La révocation est expresse ou tacite. Elle résulte d'un nouveau mandat, même nul ou non accepté..... 439
824. En est-il ainsi même si les deux mandats sont conciliables ? La révocation résulte aussi de ce que le mandant accomplit lui-même l'acte..... 439
825. Formes de la révocation expresse. Notification..... 440
826. La révocation peut n'être que partielle. Exemple..... 440
826 *bis*. Pouvoirs du juge sur le moment de la révocation..... 440

§ II. *Renonciation du mandataire au mandat.*

827. Le mandataire peut renoncer au mandat. Historique..... 440
828. Formes de la renonciation. Notification..... 441
829. Mandat salarié. Mandat qui est la condition d'un contrat synallagmatique. Mandat où le mandataire s'est interdit de renoncer. Mandat qui est stipulé devoir durer jusqu'à la mort du mandataire..... 441
830. Des dommages-intérêts qui peuvent être dus au mandant au cas de renonciation..... 442
831. Des dommages-intérêts qui peuvent être dus au mandataire.. 442

§ III. *Mort du mandant ou du mandataire.*

832. La mort met fin au mandat. Motifs..... 443
833. Mandat résultant d'un endossement irrégulier..... 443
834. Dissolution ou cessation des affaires de la société mandante ou mandataire..... 443
835. Mort de l'un des mandants ou des mandataires..... 444
836. Nécessité de la notification de la mort du mandant ou du mandataire..... 445
837. Il peut être convenu, même tacitement, que la mort des parties ne mettra pas fin au mandat. Du cas où le mandat était la condition d'un contrat passé avec un tiers ou a été donné dans l'intérêt d'un tiers..... 446
838. Il peut être convenu que le mandat commencera à la mort du mandant. Exemple..... 446

§ IV. *Interdiction ou changement d'état du mandant ou du mandataire.*

(Nos) Pages.
839. Les changements de droit éteignent le mandat..... 448
840. Il en est autrement des changements de fait..... 448

§ V. *Déconfiture, faillite ou liquidation judiciaire du mandant ou du mandataire.*

841. La faillite et la déconfiture du mandant ou du mandataire éteignent le mandat..... 449
842. Il en est de même de la liquidation judiciaire..... 450
843. Application au mandat légal. Du cas où le mandat est la condition d'un contrat synallagmatique..... 450
844. Ce mode de cessation ne peut être opposé par celle des parties qui est frappée de déchéance..... 450
845. Elle ne doit pas de dommages-intérêts..... 451

§ VI. *Impossibilité d'exécution.*

846. Elle met fin au mandat. Exemple..... 451

§ VII. *Absence du mandant ou du mandataire.*

847. Elle ne met pas fin au mandat..... 451

§ VIII. *Consommation de l'affaire. Terme ou condition.*

848. Ces événements mettent fin au mandat. Terme incertain..... 451
849. Terme expirant à la mort de l'une des parties..... 452

§ IX. *Cessation ou cession de l'entreprise.*

850. Le mandat ne se transmet pas au successeur. Clause contraire. 452

§ X. *Des causes de dissolution du mandat en droit international.*

851. Application de la loi du lieu où le contrat s'est formé..... 453

SECTION II

EFFETS DE LA CESSATION DU MANDAT

§ I. *Effets de la cessation du mandat dans les rapports entre le mandant et le mandataire.*

I. *Remise des titres.*

852. Le mandant peut réclamer au mandataire la procuration et les titres constatant l'exécution du mandant..... 453

II. *Cessation des fonctions du mandataire.*

853. Le mandataire doit achever l'affaire commencée..... 454
854. Exemples..... 455

(Nos Pages
855. Il en est ainsi même si l'exécution n'était pas commencée.... 455
856. La même obligation incombe aux héritiers du mandataire..... 455
857. Cette obligation s'applique même si le mandat concernait des opérations multiples..... 455
858. Le juge du fait détermine si les actes étaient urgents..... 455
859. Le mandataire qui fait des actes non urgents est gérant d'affaires. Celui qui fait des actes urgents reste mandataire. Conséquences..... 455
860. Obligation de notifier la cessation du mandat..... 457
861. Sort des actes accomplis par le mandataire dans l'ignorance de la cessation du mandat..... 457

III. *Dommages-intérêts dus par suite de la cessation du mandat.*

862. Renvoi..... 457

IV. *Paiement des salaires et avances du mandataire.*

863. Le mandataire n'a plus droit à des salaires pour l'avenir. Exceptions..... 458
864. Remboursement des avances antérieures à la cessation du mandat. Frais d'installation..... 458
865. Remboursement des dépenses postérieures à la cessation du mandat..... 458
866. Droit de rétention..... 459
867. Droit de rétention pour l'indemnité de révocation..... 459

§ II. *Effets de la cessation du mandat dans les rapports avec les autres mandants ou mandataires.*

867 *bis*. Les autres mandats subsistent..... 459

§ III. *Effets de la cessation du mandat dans les rapports entre le mandant et les tiers.*

868. Les tiers peuvent agir contre le mandant s'ils ont ignoré la cessation du mandat. Ils ne peuvent agir contre le mandataire. 460
869. Manière de faire connaître aux tiers la cessation du mandat. La bonne foi des tiers est présumée..... 461
870. Application des règles qui précèdent au mandat tacite..... 461
871. Le mandant est responsable des actes de l'ancien mandataire entre les mains duquel il a laissé la procuration..... 461
871 *bis*. Les tiers ne peuvent être tenus des obligations assumées après la cessation du mandat..... 461
871 *ter*. Sort des actes accomplis par le mandataire qui a ignoré la fin du mandat..... 461

CHAPITRE XII

COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE MANDAT

SECTION PREMIÈRE

COMPÉTENCE « RATIONE MATERIÆ »

(N°s) Pages

872. La compétence appartient suivant les cas au tribunal civil, au juge de paix ou au tribunal de commerce 462
873. Compétence pour l'action des tiers contre le mandataire 462
874. Détermination des hypothèses où le mandat est commercial. Mandat à un agent de change, mandat relatif à une affaire commerciale 462
875. Suite. Mandat à un avocat, à un agréé 463
876. Suite. Mandat à un agent d'affaires. Mandat d'acheter ou de souscrire des valeurs mobilières 464
877. Suite. Agent d'assurances 464

SECTION II

COMPÉTENCE « RATIONE PERSONÆ »

878. L'affaire est portée devant le tribunal du domicile du défendeur. Cependant l'art. 420 C. pr. peut être applicable 464
879. Effet de la rétroactivité de la ratification sur l'application de l'art. 420 C. pr. 465

CHAPITRE XIII

DU MANDATAIRE PRÊTE NOM

880. Différents sens du mot *prête-nom* 465
881. Définition du mandataire prête-nom 466

SECTION PREMIÈRE

VALIDITÉ ET CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA CONSTITUTION D'UN PRÊTE-NOM

882. La constitution d'un prête-nom est valable toutes les fois que la constitution d'un mandataire est valable. Constitution d'un prête-nom pour agir en justice 467
883. Le mandat conféré à un prête-nom ne peut avoir pour but une fraude à la loi. Exemple 468
884. Le mandat conféré à un prête-nom ne peut avoir pour but de frauder les droits des tiers 469
885. La personne qui accomplit par un prête-nom un acte qu'elle n'a pas le droit de faire elle-même n'a pas d'action contre le prête-nom. Conséquences de la constitution illicite du prête-nom 469
886. Preuve de la simulation. Renvoi 470
887. Capacité du prête-nom 470

SECTION II

PREUVE DE LA CONSTITUTION DU MANDATAIRE PRÊTE-NOM

(Nos) Pages
888. Preuve dans les rapports entre les parties..... 471
889. Preuve dans les rapports des parties avec les tiers..... 471

SECTION III

RAPPORTS DU MANDATAIRE PRÊTE-NOM AVEC LE MANDANT

890. Les solutions sont les mêmes qu'en matière de mandat ordinaire. Conséquences au point de vue des acquisitions faites par le mandataire..... 472
891. Droit de mutation sur l'acte par lequel le prête-nom déclare avoir acquis pour le mandant ou sur les biens acquis au nom du prête-nom et figurant dans sa succession..... 472
892. Obligations du mandant et du mandataire..... 473

SECTION IV

RAPPORTS DU MANDANT ET DU MANDATAIRE PRÊTE-NOM AVEC LES TIERS

§ I. *Rapports du mandant avec les tiers.*

I. *Actions du mandant contre les tiers.*

893. Les tiers ne sont pas liés vis-à-vis du mandant..... 474
894. Conséquences au point de vue des rapports d'un agent de change avec les clients d'un autre agent de change..... 474
895. Les principes sont-ils les mêmes si le mandant assiste le prête-nom ou si les tiers ont connu la qualité du prête-nom?.. . 475
896. Action indirecte du mandant contre les tiers..... 475

II. *Actions des tiers contre le mandant.*

897. Les tiers n'ont pas d'action contre le mandant et ne peuvent lui opposer leur créance sur le prête-nom. Il en est autrement quand le mandant déclare sa qualité ou s'il y a fraude.... 475
898. Preuve et appréciation de la faute..... 476
899. Les tiers ne peuvent agir contre le mandant pour un acte excédant les pouvoirs du mandataire. Ils peuvent agir contre le mandant pour une action indirecte..... 476

§ II. *Rapports du mandataire prête-nom avec les tiers.*

900. Le mandataire est tenu envers les tiers comme s'il contractait pour son compte. Application à l'acquisition et à l'adjudication..... 476
901. Application à la reconnaissance de dette..... 478
902. Le prête-nom est engagé, même s'il démontre l'existence du mandat. Il n'est pas engagé en cas de fraude à la loi..... 478
903. Les actions en justice sont intentées par ou contre le prête-nom. 478
904. Compensation entre la créance et la dette du prête-nom vis-à-vis des tiers..... 479
905. Le prête-nom est tenu vis-à-vis du tiers ou peut agir contre lui même si le tiers a connu la qualité du mandataire..... 479

SECTION V

FIN DU MANDAT CONSTITUÉ SOUS FORME DE PRÊTE-NOM

(Nos) Pages.
906. Application du droit commun..... 479

SECTION VI

COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE MANDAT CONTRACTÉ SOUS FORME DE PRÊTE-NOM

907. Dans les rapports avec les tiers, c'est la personne du mandataire qu'il faut considérer..... 480

SECTION VII

DU PRÊTE-NOM EN DROIT INTERNATIONAL

908. Application du droit commun..... 480

DU CAUTIONNEMENT

909. Définition..... 481
910. Droit romain..... 482
911. Ancien droit..... 483

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRES DU CAUTIONNEMENT, ACTES QUI SONT DES CAUTIONNEMENTS ET DIVERSES SORTES DE CAUTIONNEMENTS

SECTION PREMIÈRE

CARACTÈRES DU CAUTIONNEMENT

912. Le cautionnement est consensuel..... 483
913. C'est un contrat unilatéral, mais non un acte unilatéral..... 483
914. C'est un contrat accessoire..... 483
915. C'est en général, mais non toujours, un contrat de bienfaisance. 484

SECTION II

ACTES QUI CONSTITUENT DES CAUTIONNEMENTS, DIVERSES ESPÈCES DE CAUTIONNEMENTS

916. La promesse de payer la dette d'autrui n'est pas un cautionnement. De la personne à laquelle un banquier livre des fonds sur la demande d'un tiers. Du commissionnaire *ducroire*. Du contrat de réassurance..... 484
917. Du porte-fort..... 485
918. De l'engagement solidaire. L'endosseur d'un billet à ordre est-il une caution ou un obligé solidaire ?..... 485
919. Caractères du cautionnement solidaire. Conséquences..... 486
920. Indication de quelques cautions solidaires..... 487
921. Le donneur de conseil est-il une caution ?..... 487

(Nos) Pages
922. Le juge du fait détermine si un engagement est un cautionnement ou non 488
923. Distinction entre le cautionnement civil ou commercial 488
924. Distinction entre le cautionnement légal, judiciaire ou conventionnel 489
925. Du certificateur de caution 490

CHAPITRE II

CONDITIONS DE VALIDITÉ DU CAUTIONNEMENT

SECTION PREMIÈRE

FORME ET PREUVE, CONSENTEMENT DES PARTIES

926. Le cautionnement peut être écrit ou verbal. Il peut être donné par lettre ou télégramme 491
927. De la promesse de cautionnement 491
928. De l'offre de cautionnement non acceptée. De la promesse acceptée par le débiteur seulement 492
929. Le cautionnement ne peut être tacite. Exemple 492
930. Le cautionnement est parfait, même s'il intervient sans la volonté ou contre le gré du débiteur 494
931. Formes de la réception d'une caution judiciaire 495
932. Formes du cautionnement dans les pays étrangers 495
933. Preuve du cautionnement 495
934. Le cautionnement doit-il être rédigé en double ? Est-il soumis à la formalité du bon pour ou approuvé ? 495

SECTION II

CAPACITÉ DE LA CAUTION

935. La caution doit avoir la capacité de s'obliger. Doit-elle avoir la capacité de s'obliger à titre gratuit ? 497
936. Femme mariée 499
937. Mineur 499
938. Individu pourvu d'un conseil judiciaire. Individu frappé d'interdiction légale ou condamné à une peine temporaire 499
939. Du sénatus-consulte Velléien 499
940. Suite. Droit international 500
941. Suite. Rétroactivité des lois 501

SECTION III

DES VICES DU CONSENTEMENT

942. Application du droit commun 501

SECTION IV

OBLIGATIONS QUI PEUVENT ÊTRE CAUTIONNÉES

§ I. *Obligations nulles.*

(Nos)		Pages.
943.	Le cautionnement d'une obligation nulle est nul	502
944.	Obligations dont la cause est illicite. Exemples	502
945.	Le cautionnement est valable quoique l'obligation principale soit nulle pour cause d'incapacité. Motifs. Exemples	504
946.	A quoi se rattache alors l'obligation de la caution	506
947.	Cautionnement d'une obligation naturelle, d'une obligation de conscience, d'une dette de jeu	507
948.	Cautionnement d'une obligation nulle pour vices du consentement	507

§ II. *Obligations valables.*

949.	On peut cautionner une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, une obligation dérivant du contrat, du délit, de la loi. Du cautionnement destiné à provoquer un délit	508
950.	Cautionnement d'obligations futures. La caution peut-elle rétracter son engagement parce que l'obligation principale n'a pas pris naissance? Cautionnement d'une obligation conditionnelle	509
951.	Le cautionnement peut porter sur un chiffre indéterminé ou sur une dette indéterminée. Exemples	510

§ III. *Sort du cautionnement donné sur une obligation qui n'est pas susceptible d'être cautionnée.*

952.	Le cautionnement est-il valable comme engagement principal si la caution connaissait la nullité de l'engagement principal?	511
953.	Le cautionnement d'une donation nulle pour vice de forme est toujours nul	512
954.	La caution invoque de son propre chef les exceptions inhérentes à la dette. Exemple	512
955.	Tant que le sort de l'engagement principal est en suspens, il en est de même du cautionnement	512
956.	Intervention de la caution dans l'instance engagée entre le créancier et le débiteur sur la nullité de l'engagement principal. Tierce opposition au jugement rendu sur ce point	513

§ IV. *Cautions qui peuvent se prévaloir de nullité de l'engagement principal.*

957.	Caution solidaire	513
958.	Certificateur de caution	513

(N°s) Pages
995. Suite 533
996. Il en est ainsi même si le cautionnement est illimité. Exemples. 533
996 *bis*. Le cautionnement garantit toutes les obligations qui dérivent de la convention. Exemples 534
997. Suite 535
998. Le cautionnement garantit les frais de la première demande. Sens de l'expression 536
999. Application de cette dernière solution à la poursuite du débiteur contre le créancier 536
1000. La caution est tenue des frais de l'acte 536
1001. Le cautionnement donné pour un chiffre déterminé doit lui-même être étendu aux intérêts et frais 537
1002. La falsification, par le débiteur, du chiffre du cautionnement n'engage pas la caution 537
1003. La caution n'est pas tenue du préjudice causé au créancier par une chose donnée en gage ou des amendes dues par un comptable 537
1004. Pouvoirs du juge du fait relativement à l'étendue du cautionnement 537
1005. Droit international 538

CHAPITRE V

EFFETS DU CAUTIONNEMENT

SECTION PREMIÈRE

RAPPORTS ENTRE LE CRÉANCIER ET LA CAUTION

§ I. *De la stipulation d'un salaire.*

1006. La caution peut stipuler un salaire du créancier. Effets 538

§ II. *Du rapport et de la réduction.*

1007. Le cautionnement, même donné dans l'intérêt du créancier, n'est pas soumis en principe au rapport et à la réduction 539
1008. La réduction du cautionnement au détriment du débiteur ne nuit pas au créancier 539

§ III. *Montant de l'obligation de la caution*

1009. La caution peut s'engager pour la totalité ou pour une partie de la dette. La demande d'intérêts contre le débiteur principal fait courir les intérêts contre la caution même si la caution est solidaire 539
1010. La réciproque n'est pas vraie 540
1011. Imputation des paiements faits au créancier de deux dettes dont une seule est cautionnée 540
1012. Suite 540

§ IV. *Conditions de la poursuite et du paiement.*

I. *Du terme.*

(Nos) Pages.

1013. La caution ne peut être actionnée qu'après le terme fixé pour le paiement de la dette 541

1014. Il en est ainsi même si le débiteur tombe en faillite, en liquidation judiciaire ou en déconfiture. Cela s'applique même à la caution solidaire 541

1015. La renonciation du débiteur au bénéfice du terme n'est pas opposable à la caution 542

1016. En tout cas la déchéance du terme n'est pas opposable à la caution qui a formellement stipulé ce terme 542

1017. La caution qui stipule qu'elle ne pourra être poursuivie que conjointement avec le débiteur peut être poursuivie quoique le débiteur soit en faillite 542

1018. La caution peut payer par anticipation. Elle peut payer malgré une prorogation de délai, mais n'y est pas forcée 543

1019. Prescription. Renvoi 543

II. *Du titre exécutoire.*

1020. La poursuite de la caution suppose un titre exécutoire. Le jugement de condamnation obtenu contre le débiteur ne suffit pas, même si la caution a renoncé aux bénéfices de division et de discussion ou est solidaire 543

§ V. *Du bénéfice de discussion.*

I. *But et origine du bénéfice de discussion.*

1021. Indication de son but et de son origine 544

II. *Conditions auxquelles est subordonné le bénéfice de discussion.*

1022. Le créancier n'est pas de plein droit obligé de discuter le débiteur 545

1023. Il n'a pas à mettre le débiteur en demeure avant de poursuivre la caution 546

1023 *bis*. Les premières poursuites ne sont pas nécessairement des poursuites judiciaires. Commandement 547

1024. Le bénéfice de discussion ne peut être opposé si le débiteur est notoirement insolvable ou en faillite 547

1025. ... Ou en cas de confusion entre le débiteur principal et la caution. Si la caution d'un vendeur agit, comme propriétaire, contre l'acheteur, ce dernier peut-il opposer l'exception de garantie ? 547

1026. La caution doit avancer les frais 548

1027. Il faut, dans ce but, faire des offres réelles et la consignation des fonds 548

1028. Les frais de discussion doivent être avancés même pour les meubles 548

1029. La caution n'est pas forcée d'offrir les frais avant que le créancier ne le demande 548

(Nos) Pages.
1030. Le tribunal fixe le montant des frais et la manière dont la remise doit être faite au créancier..... 548
1031. Les biens à discuter doivent-ils être indiqués en une seule fois? Les biens doivent être situés dans le ressort de la cour d'appel. 548
1032. Mais le domicile du débiteur importe peu..... 549
1033. Les biens ne doivent pas être litigieux. Exemples..... 550
1034. Quoique des biens soient hypothéqués au créancier, la caution peut en indiquer d'autres..... 550
1035. La caution ne peut indiquer des biens hypothéqués qui ne sont plus en la possession du débiteur..... 550
1036. La caution d'un débiteur ne peut faire discuter les biens d'un autre débiteur ou d'une caution..... 551
1037. Valeur que doivent avoir les biens eu égard à la créance. Les meubles peuvent être indiqués comme les immeubles..... 551
1038. Formes de l'exception de discussion..... 552

III. *Effets du bénéfice de discussion.*

1039. Sanction de l'obligation de discuter..... 552
1040. Preuve de la discussion..... 553

IV. *Cautions qui peuvent opposer le bénéfice de discussion.*

1041. Toute caution peut l'opposer. Exception pour la caution judiciaire..... 553
1042. La renonciation au bénéfice de discussion est valable..... 553
1043. Actes qui constituent des renonciations..... 554
1044. Le bénéfice de discussion ne peut être opposé pour la première fois en appel..... 555
1045. La caution qui se laisse poursuivre ne peut plus opposer le bénéfice de discussion, même s'il survient de nouveaux biens au débiteur..... 555
1046. La caution solidaire n'a pas le bénéfice de discussion..... 555
1047. De la personne qui a promis de payer pour le compte d'une autre. 556
1048. Du certificateur de caution..... 556
1049. De la caution commerciale..... 556

§ VI. *De l'hypothèse où il existe plusieurs cautions et du bénéfice de division.*

I. *Obligation de chaque caution à la totalité de la dette.*

1050. Chacune des cautions est obligée pour le tout..... 557
1051. Mais les cautions ne sont pas solidaires. Conséquences..... 557

II. *De la division effectuée spontanément par le créancier.*

1052. Effets de cette division..... 558

III. *Du bénéfice de division.*

A. But et origine du bénéfice de division.

1053. Chaque caution peut exiger la division..... 559
1054. Historique..... 559

B. Cautions entre lesquelles la division a lieu.

1055. Il n'est pas tenu compte des insolvabilités existant au moment du jugement..... 559

(Nos) Pages

1056. L'insolvabilité s'apprécie au moment où le jugement est rendu et non à celui où l'action est formée. La caution qui a un certificateur solvable n'est jamais réputée insolvable..... 560
1057. La caution dont les biens sont à l'étranger n'est pas insolvable. 560
1058. La caution dont l'engagement est nul ou annulable doit-elle entrer en ligne de compte ?..... 561
1059. Faut-il tenir compte de la caution engagée à terme ou sous condition ?..... 561
1060. La division ne peut être réclamée qu'entre caution d'un même débiteur..... 562
1061. Elle ne peut être demandée entre une caution et son certificateur. 562
1062. La caution qui est actionnée peut seule être condamnée..... 562

C. Conditions auxquelles est subordonné le bénéfice de division.

1063. Peut-il être invoqué en tout état de cause et même après la condamnation ? Peut-il être invoqué avant les poursuites? 563
1064. La caution doit-elle avancer les frais de la poursuite des autres cautions ?..... 564

D. Des cautions qui peuvent opposer le bénéfice de division.

1065. Caution commerciale..... 564
1066. Renonciation au bénéfice de division. Caution solidaire..... 564
1067. Caution judiciaire..... 565
1068. Le créancier peut pratiquer la division vis-à-vis des cautions qui ne jouissent pas du bénéfice de division. Actes indiquant la volonté du créancier..... 565

§ VII. *Rapports entre les créanciers et la caution en droit international.*

1069. Application de la loi du lieu où le cautionnement est passé... 565
1070. Bénéfices de discussion et de division..... 565

SECTION II

RAPPORTS ENTRE LE DÉBITEUR PRINCIPAL ET LA CAUTION

§ I. *Salaire de la caution.*

1071. Le cautionnement est généralement gratuit, mais peut être salarié. 566
1072. L'indemnité que paye le débiteur à la caution est-elle soumise aux lois restrictives du taux de l'intérêt ?..... 566
1073. Recours de la caution qui s'est engagée sans l'ordre du débiteur. 566

§ II. *Du rapport et de la réduction.*

1074. En principe le débiteur n'est pas astreint au rapport ou à la réduction dans la succession de la caution. Le rapport est dû si la caution a payé..... 566
1075. Hypothèse où le cautionnement devient une donation rapportable ou réductible..... 567
1076. Le juge du fait détermine si la caution a entendu renoncer à son recours..... 567

§ III. *Recours de la caution contre le débiteur.*

(Nos) Pages.

1077. La caution a deux actions..... 567

I. *Recours de la caution par l'action personnelle.*

1078. Fondement du recours..... 568

A. Montant du recours.

1079. Le recours a lieu pour le principal et les intérêts payés par la caution pour le compte du débiteur..... 568

080. Il a lieu aussi pour les intérêts du principal et des intérêts.... 569

1080 *bis*. Le recours se prescrit par trente ans pour toutes les sommes payées par la caution, même les intérêts..... 570

1081. Le recours a lieu encore pour les *frais*. Sens du mot..... 570

1082. Le recours peut avoir lieu enfin pour les dommages-intérêts... 571

1083. Du recours de la caution qui n'a payé qu'une partie de la dette ou a payé plus que la dette..... 571

1084. Recours de la caution qui, engagée pour un débiteur failli qui a obtenu le concordat, a payé la totalité de la dette..... 572

1085. La caution qui est créancière pour un autre chef du débiteur, peut concourir avec le créancier sur les biens de celui-ci ou se faire payer par le débiteur au détriment du créancier. Il en est de même de la caution qui a payé une partie de la dette..... 572

1086. Recours de la caution contre plusieurs codébiteurs solidaires. Renvoi..... 573

B. Conditions du recours.

1087. Le recours appartient à la caution qui a payé, ou s'est acquittée par voie de compensation, ou a nové la dette..... 573

1088. Il en est autrement si la dette était éteinte, par exemple à la suite d'un concordat par abandon d'actif..... 573

1089. La caution peut être privé de recours contre le débiteur qu'elle n'a pas prévenu du paiement ou de la poursuite. A-t-elle un recours contre le débiteur qui avait payé la dette antérieurement ?..... 573

1090. La caution qui a omis d'opposer une exception au créancier a-t-elle un recours contre le débiteur ? A-t-elle un recours si, malgré le paiement, le débiteur est exposé à payer une seconde fois ?..... 574

1091. La caution à laquelle le créancier a fait une remise gratuite de dette ou de cautionnement a-t-elle un recours contre le débiteur ?..... 575

1091 *bis*. Une convention faite avec une seule des cautions ne peut modifier de recours pour les autres..... 575

C. Époque du recours.

1092. En principe le recours ne peut avoir lieu qu'après le paiement et après l'échéance..... 575

(Nos) Pages

1093. La caution qui paie sans tenir compte d'une prorogation de délai a un recours..... 576
1094. La caution a un recours avant le paiement dès qu'elle est poursuivie en justice..... 576
1095. .... ou lorsque le débiteur est en faillite ou en déconfiture, à moins que le créancier n'y produise..... 577
1096. ..... ou lorsque le débiteur s'est obligé à rapporter la décharge de la caution dans un certain temps..... 578
1097. ..... ou lorsque le terme est échu..... 578
1098. ..... ou au bout de dix ans, lorsque l'obligation principale n'a pas de terme fixe. Interprétation de cette dernière disposition..... 578
1099. Le recours ne peut avoir lieu avant l'échéance parce que le débiteur laisse les intérêts s'accumuler, qu'il survient une inimitié entre le débiteur et la caution, que la caution doit faire un long voyage, ou que les intérêts de la caution sont en péril. Recours en cas de prorogation de délai..... 579
1100. Le recours anticipé ne peut être exercé si le créancier agit directement contre le débiteur; donc l'hypothèque légale de la femme, caution de son mari, ne peut être opposée au créancier..... 579
1101. Nature du recours anticipé..... 580
1102. En cas de recours anticipé, le débiteur peut se contenter de donner à la caution des garanties ; à défaut, celle-ci peut exiger une indemnité, produire à l'ordre ouvert sur le débiteur et saisir ses biens..... 580

D. Cautions qui ont un recours personnel.

1103. Caution qui a agi dans l'intérêt du créancier..... 582
1104. Caution qui s'est engagée contre le gré du débiteur ou dans l'intention de le gratifier..... 582
1105. Caution qui agit à la fois dans son intérêt et dans celui du débiteur, mais sans défense de celui-ci..... 582
1106. La caution a-t-elle le recours anticipé ?..... 583
1107. La caution solidaire a-t-elle un recours ?..... 583
1108. A-t-elle un recours anticipé ? Ce recours anticipé appartient-il à celui qui constitue hypothèque pour la dette d'autrui ? Appartient-il aux codébiteurs solidaires ?..... 583

II. *Subrogation aux droits du créancier.*

1109. Justification et historique de la subrogation..... 584

A. Conditions de la subrogation et cautions auxquelles elle est accordée.

1110. La subrogation n'appartient qu'à la caution qui a payé la dette et non à celle qui exerce un recours avant paiement. Mais la caution peut être éventuellement colloquée par subrogation dans un ordre ouvert à la fois sur elle et sur le débiteur..... 585
1111. La caution est subrogée même si elle s'est engagée contre le gré du débiteur..... 585

(N°s) Pages.

1112. Si elle s'acquitte par anticipation ou sans tenir compte d'une prorogation de délai, est-elle immédiatement subrogée ?.... 586

B. Droits auxquels la caution est subrogée et personnes contre lesquelles elle peut les exercer. Montant de la subrogation.

1113. La caution est subrogée même aux droits acquis après son engagement..... 586

1114. La subrogation porte sur les garanties fournies, l'action résolutoire, le droit d'expulser un locataire..... 586

1115. La subrogation peut être exercée sur les immeubles qui sont entre les mains d'un tiers détenteur..... 587

1116. Concours entre la caution agissant par voie de subrogation et le créancier..... 587

1116 *bis*. Succession aux droits formels. Règles de compétence..... 588

1117. La subrogation n'empêche pas les tiers d'acquérir des droits sur les biens soumis à l'action de la caution. Subrogation contre les codébiteurs solidaires..... 588

1118. La subrogation ne permet de réclamer ni les frais, ni les dommages-intérêts..... 588

C. Sanction de la subrogation.

1118 *bis*. Recours contre le créancier. Preuve du préjudice..... 588

SECTION III

RAPPORTS DE LA CAUTION AVEC LES CODÉBITEURS SOLIDAIRES ET LES TIERS

1119. La caution qui s'est engagée pour l'un des codébiteurs ou pour tous les codébiteurs, a-t-elle recours contre chacun d'eux pour le tout ?..... 589

1120. Des exceptions qui sont opposables alors à la caution..... 589

1121. Subrogation légale de la caution qui a cautionné tous les codébiteurs..... 589

1122. Subrogation légale de la caution qui n'a cautionné que l'un des codébiteurs..... 590

1123. Suite. Montant de cette subrogation légale..... 591

1124. Suite. Exceptions opposables à la caution..... 592

1125. Subrogation conventionnelle de la caution qui n'a cautionné que l'un des codébiteurs..... 592

1126. Le recours de la caution peut-il être effectué au préjudice du créancier ? Renvoi..... 592

1127. Action de la caution contre les tiers qui ont profité du paiement, notamment contre les complices du délit dont elle a réparé les conséquences..... 592

SECTION IV

RAPPORTS DES CAUTIONS ENTRE ELLES

§ I. *Recours en cas de paiement.*

1128. La caution qui a payé la dette a un recours contre les autres. 593

1128 *bis*. Recours contre les cautions déchargées par le créancier..... 594

A. Nature du recours et garanties qui y sont attachées.

N°s) Pages.
1129. Nature du recours 594
1130. La caution est subrogée aux droits du créancier 595
1131. Montant du recours. Effets de l'insolvabilité de l'une des cautions. 595
1132. Le recours est divisé même en cas de subrogation légale ou conventionnelle 595

B. Conditions du recours.

1133. Le recours n'a lieu qu'en cas de paiement. Recours anticipé.. 596
1134. Le recours n'a pas lieu si le paiement ne libère pas les autres cautions 596
1135. Recours en cas de paiement partiel 596
1136. Preuve du paiement 596

§ II. *Recours en cas de faute.*

1136 *bis*. Hypothèses où le recours est ouvert 597

CHAPITRE VI

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

1137. Le cautionnement peut s'éteindre par voie de conséquence ou par voie principale 597

SECTION PREMIÈRE

EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT PAR VOIE DE CONSÉQUENCE

1138. Toute extinction de la dette principale éteint le cautionnement, même solidaire 597

§ I. *Paiement. Arrivée et prorogation du terme.*

1139. Le paiement fait par le débiteur principal éteint le cautionnement. En est-il ainsi même en cas de paiement avec subrogation ? Imputation des paiements 598
1140. La vente des biens du débiteur avec paiement du prix éteint le cautionnement jusqu'à due concurrence 598
1141. L'annulation du paiement fait-elle revivre le cautionnement ?.. 598
1142. L'échéance du terme et la prorogation du délai n'éteignent pas le cautionnement 599
1143. Toutes ces solutions s'appliquent à la caution solidaire 599

§ II. *Novation.*

1144. La novation éteint le cautionnement. Prorogation de délai. Renouvellement, acceptation ou souscription de billets. Abandon de l'art. 917 C. civ 599
1145. Demande de collocation dans un ordre 600
1146. L'annulation ou la résolution de la nouvelle obligation ne fait pas revivre le cautionnement 600

(Nos) Pages.

1147. Cession par le débiteur des droits d'où dérive la dette. Cession d'usufruit, mariage d'une femme usufruitière sous le régime de la communauté..... 600

§ III. *Dation en paiement.*

1148. La dation en paiement éteint le cautionnnment. Le cautionnement ne revit pas même si le créancier est évincé; peu importe que la dation en paiement résulte d'une délégation faite dans l'acte de cautionnement..... 601

1149. La dation en paiement n'éteint pas le cautionnement si elle n'est pas acceptée volontairement par le créancier ou si elle est faite en exécution dans l'acte d'obligation..... 602

1150. La caution reste libérée quelle que soit la cause de l'éviction. 602

1151. L'éviction ne libère pas la caution si le créancier s'est réservé ses droits contre elle..... 603

1152. Cette cause d'éviction s'applique à la caution qui a renoncé au bénéfice de discussion et à la caution solidaire..... 603

§ IV. *Remise de dette. Concordat. Transaction.*

1153. La remise volontaire de la dette éteint la caution, même solidaire. Le créancier peut-il réserver ses droits contre la caution ?.....

1154. La remise de la dette à une caution, même solidaire, n'éteint pas la dette principale..... 604

1155. Concordat..... 604

1156. Transaction..... 605

§ V. *Compensation.*

1157. La caution peut opposer la compensation du chef du débiteur même si le débiteur y renonce..... 605

1158. Il en est ainsi de la caution solidaire..... 605

1159. Le débiteur ne peut opposer la compensation du chef de la caution..... 606

§ VI. *Confusion.*

1160. Confusion entre le créancier et le débiteur principal..... 606

1161. Confusion entre le débiteur principal et la caution..... 606

1162. Suite. Effets de cette confusion vis-à-vis du certificateur de caution..... 607

§ VII. *Perte de la chose.*

1163. Perte fortuite. Perte par la faute du débiteur principal..... 607

1164. Perte par la faute de la caution..... 607

§ VIII. *Prescription de l'obligation principale.*

1165. La caution peut-elle opposer cette prescription ? Le peut-elle si le débiteur y a renoncé ?..... 608

1166. Effets de l'interruption de la prescription contre le débiteur et la caution..... 608

§ IX. *Serment. Chose jugée.*

(Nos) Pages

1167. Effets du serment prêté par le débiteur principal ou la caution, de la chose jugée pour la caution 609

§ A. *Résolution ou nullité de l'engagement principal.*

1168. Résolution 609
1169. Nullité 609

SECTION II

EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT PAR VOIE PRINCIPALE

§ I. *Application des modes ordinaires d'extinction des obligations.*

1170. Remise de dette, novation, compensation, confusion 610
1171. Le décès de la caution n'éteint pas son obligation. La dette se divise entre ses héritiers 610
1172. Résolution du cautionnement par l'inexécution des engagements du créancier 611

§ II. *De la décharge de la caution par l'impossibilité de subrogation au créancier.*

1173. Ce mode d'extinction est spécial au cautionnement. Texte de l'art. 2037 611

I. *Fondement et origine de la décharge.*

1174. Fondement 611
1175. Historique 612

II. *Faits emportant décharge.*

1176. Faits actifs ou passifs du créancier. Exemples 612
1177. Le créancier est responsable du fait de son mandataire, mais non du fait d'un tiers ou de la caution. Perte de sûreté provenant du fait d'un tiers ou de la caution. Perte de sûreté provenant à la fois de la faute du créancier et de la caution. Perte résultant d'une disposition législative ; art. 446 C. comm. 616
1178. Sûreté conservée en droit, mais diminuée en fait ; déboisement d'une forêt hypothéquée, bail à longue durée consenti au créancier. Le créancier n'est pas responsable des faits du débiteur qu'il n'a pas pu empêcher 618
1179. Sûretés acquises postérieurement à l'engagement de la caution. Sûretés que le créancier a négligé d'acquérir 618

III. *Conditions auxquelles est subordonnée la décharge.*

A. Nécessité d'une demande. Montant de la décharge. Formes de la demande.

1180. La décharge n'existe pas de plein droit. Elle est invoquée par voie d'exception. Elle ne peut être invoquée avant les poursuites, mais n'a pas besoin d'être invoquée dès le début de l'instance 619

B. Nécessité d'un préjudice. Montant de la décharge.

(Nos) Pages
1181. La caution ne peut invoquer la décharge que si elle éprouve un préjudice. Exemples..... 620
1182. La caution n'est déchargée que dans la mesure de ce préjudice.
1183. Le préjudice doit être certain..... 621
1184. Charge de la preuve du préjudice..... 621
1185. Montant de la décharge de la caution qui n'a cautionné qu'un des débiteurs..... 622

C. De la clause contraire.

1186. Cette clause est valable..... 622

IV. *Personnes qui peuvent invoquer la décharge.*

1187. Personne qui a hypothéqué un immeuble en garantie de la dette d'autrui. Tiers détenteur d'immeubles hypothéqués..... 623
1188. Caution solidaire; donneur d'aval ; caution en matière de douanes ; caution qui a renoncé au bénéfice de discussion..... 623
1189. Codébiteur solidaire..... 624
1190. Assureur maritime. Commissionnaire *ducroire*..... 625

§ III. *Effets de la prorogation de terme consentie au débiteur.*

1191. La prorogation de terme ne libère pas la caution..... 626
1192. Peu importe que la dette ait été payable de suite, ou que la caution n'ait pas pu prévoir la prorogation. Cas exceptionnels où la prorogation de terme entraîne la décharge..... 627
1193. Effets du paiement fait par la caution malgré la prorogation de terme..... 627
1194. Application de ces solutions à la caution solidaire..... 627

SECTION III

DROIT INTERNATIONAL

1195. Application de la loi où le cautionnement a été passé..... 628

CHAPITRE VII

COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE CAUTIONNEMENT

1196. Distinction entre le cautionnement civil et commercial..... 628
1197. Le cautionnement d'une dette commerciale est en général civil. 628
1198. Exception..... 630

DE LA TRANSACTION

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION ET CARACTÈRES DE LA TRANSACTION. ACTES QUI CONSTITUENT DES TRANSACTIONS

SECTION PREMIÈRE

DÉFINITION DE LA TRANSACTION

(Nos)		Pages.
1199.	Sens divers du mot	633
1200.	Définition de la transaction. Effets de la prétendue transaction qui ne repose pas sur un droit douteux	633
1201.	La possibilité d'une contestation suffit pour qu'il y ait transaction. Sur quoi le doute peut-il porter ?	634
1202.	Il suffit que le doute existe aux yeux des parties, mais la transaction est nulle si elles ont faussement cru que la contestation actuelle ou, par une erreur de fait, que le droit était contestable	634
1203.	Distinction entre la transaction et le compromis	636
1204.	Distinction avec le serment	636
1205.	Nécessité de concessions réciproques. Distinction avec l'acquiescement, le désistement et la confirmation	636

SECTION II

CARACTÈRES DE LA TRANSACTION

1206.	La transaction est consensuelle, synallagmatique, à titre onéreux, déclarative, indivisible. A-t-elle les caractères d'un jugement ?	637

SECTION III

ACTES QUI CONSTITUENT DES TRANSACTIONS. DIVERSES SORTES DE TRANSACTIONS

1207.	Partage. Quittance d'indemnité en cas d'accident, etc	639
1207 *bis*.	Distinction avec la donation	640
1208.	De la transaction mêlée à un autre contrat	640
1209.	Transaction extrajudiciaire ou judiciaire	640
1210.	Suite. Jugement d'expédient	640
1211.	Suite. Transaction faite au cours d'une tentative de conciliation et rédigée par le juge de paix	640
1212.	Suite. Transaction ordonnée par le tribunal	641
1213.	Suite. Transaction rédigée par le greffier	641
1214.	Pouvoir du juge du fait relativement à l'existence d'une transaction	641
1215.	Preuve du caractère de l'acte par une contre-lettre	642

CHAPITRE II

CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITÉ DE LA TRANSACTION

(Nos) Pages.
1216. En principe, il faut appliquer les règles des autres contrats... 642

SECTION PREMIÈRE

FORME ET PREUVE DE LA TRANSACTION

§ I. *Forme de la transaction.*

1217. La transaction peut être verbale. Elle peut être faite par acte authentique, sous seing privé, ou par correspondance. Les articles 1338 et 1339 ne lui sont pas applicables. Si elle est sous seing privé, elle doit être faite double..... 642
1218. Est-elle soumise à la transcription ? Renvoi..... 643

§ II. *Preuve de la transaction.*

1219. Les preuves autres que la preuve écrite ne sont pas interdites. 643
1220. Aveu, interrogatoire sur faits et articles..... 644
1221. Serment..... 645
1222. Preuve testimoniale..... 645
1223. Législations étrangères..... 647
1224. Preuve en matière de transaction commerciale..... 647
1225. Nécessité de rédiger en double la transaction sous seing privé. Cela ne s'applique pas à la quittance de sommes dues en vertu d'une transaction, même verbale..... 648

SECTION II

CAPACITÉ ET POUVOIR EN MATIÈRE DE TRANSACTION

1226. Distinction entre la capacité et le pouvoir..... 649

§ I. *Capacité de transiger.*

1227. La capacité est celle de disposer à titre onéreux, mais elle ne suffit pas toujours..... 649
1228. Individu pourvu d'un conseil judiciaire..... 650
1229. Mineur. Interdit Femme mariée. Père administrateur légal... 650
1230. Femme séparée de biens. Femme dotale..... 652
1231. Héritier bénéficiaire. Héritier apparent..... 652
1232. Interdit légalement..... 653
1233. Débiteur en déconfiture, en faillite ou en liquidation judiciaire. 653
1234. Transaction entre le tuteur et le pupille..... 653
1235. Départements, communes et établissements publics..... 653
1236. Transaction faite au nom de l'Etat..... 654

§ II. *Pouvoir de transiger.*

1237. Mandataire conventionnel, associé ou gérant de société. Mari. 655
1238. Mandataire légal, administrateur des biens d'un absent..... 655

(Nos) Pages

1239. Mandataire judiciaire. Syndic de faillite. Liquidé judiciaire. Administrateur provisoire d'un aliéné, etc. 656

§ III. *Sanction des règles de capacité et de pouvoir.*

1240. Sanction des règles de capacité 657
1241. Sanction des règles de pouvoir 658

SECTION III

DES VICES DU CONSENTEMENT

1242. Historique 658
1243. Il y a lieu, en général, d'appliquer le droit commun 658
1244. Dol ou violence 659
1245. Erreur sur la personne 659
1246. Erreur sur l'objet 661
1247. Erreur consistant à transiger sur un titre nul 662
1248. Suite. Distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait sur la nullité 663
1248 *bis*. Suite. Le demandeur en nullité doit-il prouver son erreur? Du cas où les parties ont expressément transigé la nullité 664
1249. Transaction sur pièces fausses 665
1250. Cette transaction est nulle pour le tout et non pas seulement pour les chefs directement déterminés par les pièces fausses. 666
1251. Transaction sur un procès terminé par un jugement 667
1252. Transaction suivie de la découverte de titres inconnus 669
1253. Suite. Si l'une des parties a retenu les titres, il y a nullité pour cause de dol 671
1254. Erreur de calcul 671
1255. Erreur sur le montant des droits. Erreur sur l'existence d'une contestation ou le caractère douteux d'un droit 671
1256. Erreur sur les motifs 672
1257. Erreur de droit. Lésion 672
1258. Exemple d'erreur de droit 673

SECTION IV

DE L'OBJET ET DE LA CAUSE DANS LA TRANSACTION

1259. L'objet et la cause se confondent. Nécessité d'un droit douteux. 673
1260. Le droit doit être susceptible de disposition. Il doit donc être certain 674
1261. Il doit être licite. Des transactions sur l'état des personnes... 674
1261 *bis*. Suite. Transaction sur la puissance paternelle 676
1262. La transaction sur l'action publique résultant d'un délit est nulle 676
1263. Exceptions pour certaines administrations publiques 677
1264. La transaction sur l'intérêt civil résultant d'un délit est valable. 677
1265. Transaction sur un impôt 678
1266. Transaction sur un prêt usuraire 678
1267. Transaction sur une dette de jeu ou une substitution prohibée. 679
1268. Transaction sur un procès jugé 679

(Nos) Pages

1269. Transaction sur les droits pécuniaires attachés à l'état. Transaction sur les droits de succession..... 679
1270. Transaction sur un droit de sépulture..... 680
1271. Transaction sur une séparation de fait..... 680
1272. Transaction sur des aliments..... 680
1273. Transaction portant en même temps sur une question d'ordre public et sur les intérêts pécuniaires qui y sont attachés... 682
1274. Transaction sur les conventions immorales. Transaction sur l'immutabilité des conventions matrimoniales..... 683
1275. Transaction sur le prix d'une cession d'office..... 683
1276. Transaction sur la chose d'autrui..... 683
1277. Transaction sur une chose future ou un droit non ouvert..... 683
1278. Transaction sur le domaine public..... 683
1279. La transaction est nulle non seulement quand les parties sont divisées sur le caractère illicite de l'objet mais encore quand la transaction porte sur le point de savoir, si les objets de la nature de celui qui est soumis à la transaction sont illicites. Exemples..... 683

SECTION V

CARACTÈRES DE LA NULLITÉ DES TRANSACTIONS

1280. Sauf intention contraire des parties, la transaction ne peut être annulée que pour le tout..... 684
1281. Exemples..... 686
1282. Les personnes au profit desquelles n'existe aucune cause de nullité ne peuvent demander la nullité en se prévalant des droits de leurs cocontractants. Exemple. La transaction annulée entre certaines parties subsiste à l'égard des autres..... 686
1283. On ne peut, même pas en mettant en cause toutes les parties qui ont transigé, faire annuler à leur égard la transaction... 686
1284. La nullité de la transaction entraîne la nullité de la clause pénale. 687
1285. Nature de la nullité de la transaction portant sur la chose d'autrui..... 687

CHAPITRE III

ÉTENDUE ET INTERPRÉTATION DE LA TRANSACTION

1286. Règles d'interprétation posées par la loi..... 687
1287. Application à la transaction relative à l'indemnité due en cas d'accident..... 688
1288. Pouvoirs du juge..... 690
1289. Pouvoirs du juge en matière soit de transaction soumise à homologation, soit de jugement d'expédient..... 690

CHAPITRE IV

EFFETS DES TRANSACTIONS

1290. La transaction a autorité de chose jugée. Sens de cette expression..... 691

(Nos) Pages
1291. Différences entre la transaction et le jugement..... 692
1292. L'exception de transaction ne peut être invoquée pour la première fois en cassation..... 693
1293. Effets de la transaction sur le procès commencé..... 693
1293 *bis*. Demande en révocation par les créanciers..... 693

SECTION PREMIÈRE

CARACTÈRE OBLIGATOIRE DE LA TRANSACTION. CLAUSE PÉNALE

1294. Les parties doivent accomplir les prestations promises. Une clause pénale peut être mise à la charge de la partie qui n'exécutera pas la transaction ou l'attaquera. Ce n'est pas attaquer la convention que de faire rectifier une erreur de calcul.... 694
1295. La peine peut être stipulée en cas de simple retard. Non cumul du principal et de la peine..... 694
1296. La nullité de la transaction entraîne la nullité de la clause pénale. 695
1297. La transaction est sujette à résolution pour inexécution des conditions..... 695

SECTION II

DES PERSONNES AUXQUELLES LA TRANSACTION EST OPPOSABLE

1298. Elle n'est opposable qu'aux parties contractantes. Exemples... 696
1299. Exceptions en matière de solidarité, d'indivisibilité, de cautionnement..... 697
1300. Les tiers en faveur de qui la transaction a été faite peuvent s'en prévaloir. Le propriétaire sous condition suspensive peut-il se prévaloir de la transaction faite par le propriétaire sous condition résolutoire ?..... 698
1301. La transcription n'est-elle pas opposable à la partie qui ultérieurement acquiert un droit semblable du chef d'une autre personne ? Exemples..... 699

SECTION III

CARACTÈRE DÉCLARATIF DE LA TRANSACTION

1302. La transaction est déclarative..... 699
1303. Conséquences qu'on en tirait dans l'ancien droit..... 702
1304. Conséquences dans le droit actuel..... 702
1305. La transaction n'est pas un juste titre pour la prescription. Elle n'est pas soumise à transcription..... 702
1306. Elle ne donne pas lieu à garantie..... 703
1307. L'immeuble attribué à l'un des époux communs à titre de transaction lui est propre..... 704
1308. Droit de mutation..... 704
1309. La transaction n'est pas déclarative pour les objets étrangers à la contestation. Conséquences..... 706

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CIVILE

1310. La contrainte par corps a presque complètement disparu en matière civile..... 709
1311. Est-elle attachée à l'action civile résultant d'une infraction ?.. 710
1312. Elle ne peut être prononcée contre la personne civilement responsable, ni contre les héritiers..... 710

TABLE

DES TEXTES DE LOIS

EXPLIQUÉS DANS CE VOLUME

I. CODE CIVIL

Articles du Code civil	Numéros
1964	1-11.
1965	28-63.
1966, al. 1	30-45.
1966, al. 2	64-69.
1967	85-144.
1968	178-188, 241.
1969	178, 189.
1970	321.
1971	205-207.
1972	208-211.
1973	200, 203.
1974	212, 213, 231-240.
1975	214-240.
1976	246, 249-253.
1977	257-275.
1978	283-310.
1979	335-338.
1980	344-348.
1981	311-320.
1982	329.
1983	349.
1984, al. 1	361-363.
1984, al. 2	493-499.
1985, al. 1	463-492, 501-510.
1985, al. 2	493-499, 506.
1986	726-755.
1987	514.
1988	480, 520-544.
1989	545-558.
1990	417, 418.
1991, al. 1	563, 593, 650.
1991, al. 2	853-861.
1992	593-650.
1993	670-696.
1994	565-592.
1995	651-659.
1996	683-688, 744.
1997	804-806.
1998, al. 1	772-776.
1998, al. 2	777-793 *bis*.
1999	704-708, 714-719, 726-755, 865.
2000	400, 720-724.
2001	709-713, 752.
2002	588, 756-761.
2003	807, 832-850.
2004	808-822, 852.
2005	868-871 *ter*.
2006	823-826.
2007	827-831.
2008	496, 861.
2009	868-871 *ter*.
2010	836, 856-861.
2011	909.
2012, al. 1	139, 943-958.
2012, al. 2	945-948.
2013	964-970.
2014, al. 1	930.
2014, al. 2	935.
2015	922, 929, 994-996.
2016	996 *bis*-1004, 1163.
2017	1171.
2018	935, 972-974, 980, 981.
2019	975-979.
2020	982-989.
2021	911, 1021-1049.
2022	1022.
2023, al. 1	1026-1031.

Articles du Code civil	Numéros	Articles du Code civil	Numéros
2023, al. 2..	1031-1035.	2041.....	991-993 *bis*.
2024.....	1039.	2042.....	1041.
2025.....	1050, 1051.	2043.....	1048.
2026.....	1053-1068.	2044, al. 1..	1200-1215.
2027.....	1052.	2044, al. 2..	1219-1222.
2028, al. 1..	1078, 1087, 1088, 1102-1108.	2045.....	1226-1241.
		2046.....	1262.
2028, al. 2..	1079-1086.	2047.....	1294-1296.
2029.....	1109-1127.	2048.....	1286.
2030.....	1119-1125.	2049..	1286.
2031.....	1089-1091.	2050	1301.
2032.....	1092-1108.	2051.....	1298, 1299.
2033.....	1128-1136.	2052, al. 1..	1290-1293.
2034.....	1170.	2052, al. 2..	1257.
2035.....	1162.	2053.....	1243-1246.
2036.....	943-958.	2054	1247-1248 *bis*.
2037.....	916, 1173-1190.	2055.....	1249, 1250.
2038.....	1144, 1148-1152.	2056.....	1251.
2039.....	1191-1194.	2057.....	1252, 1253, 1280.
2040, al. 1..	971.	2058...	1254.
2040, al. 2..	990.	2059-2070...	1310-1312.

II. CODE DE PROCÉDURE

Articles	Numéros	Articles	Numéros
121.....	442.	439.....	924.
135.....	924.	517-522.....	931.
198....	515.	533.....	676.
216.....	464, 515.	536.....	676.
218.....	464.	581.....	315, 1272.
352.....	515.	582.....	311, 315.
417.....	924.	711.....	883, 900.
420.....	878, 879.	877.....	442.

III. CODE DE COMMERCE

Articles	Numéros	Articles	Numéros
76.....	423-439.	444.....	1014.
85.....	621.	487.....	1239.
90.....	49	535.....	1239.
109..... .	501, 933, 1224.	635.....	1196.

IV. CODE FORESTIER

Article	Numéros
159.....	1236, 1263.

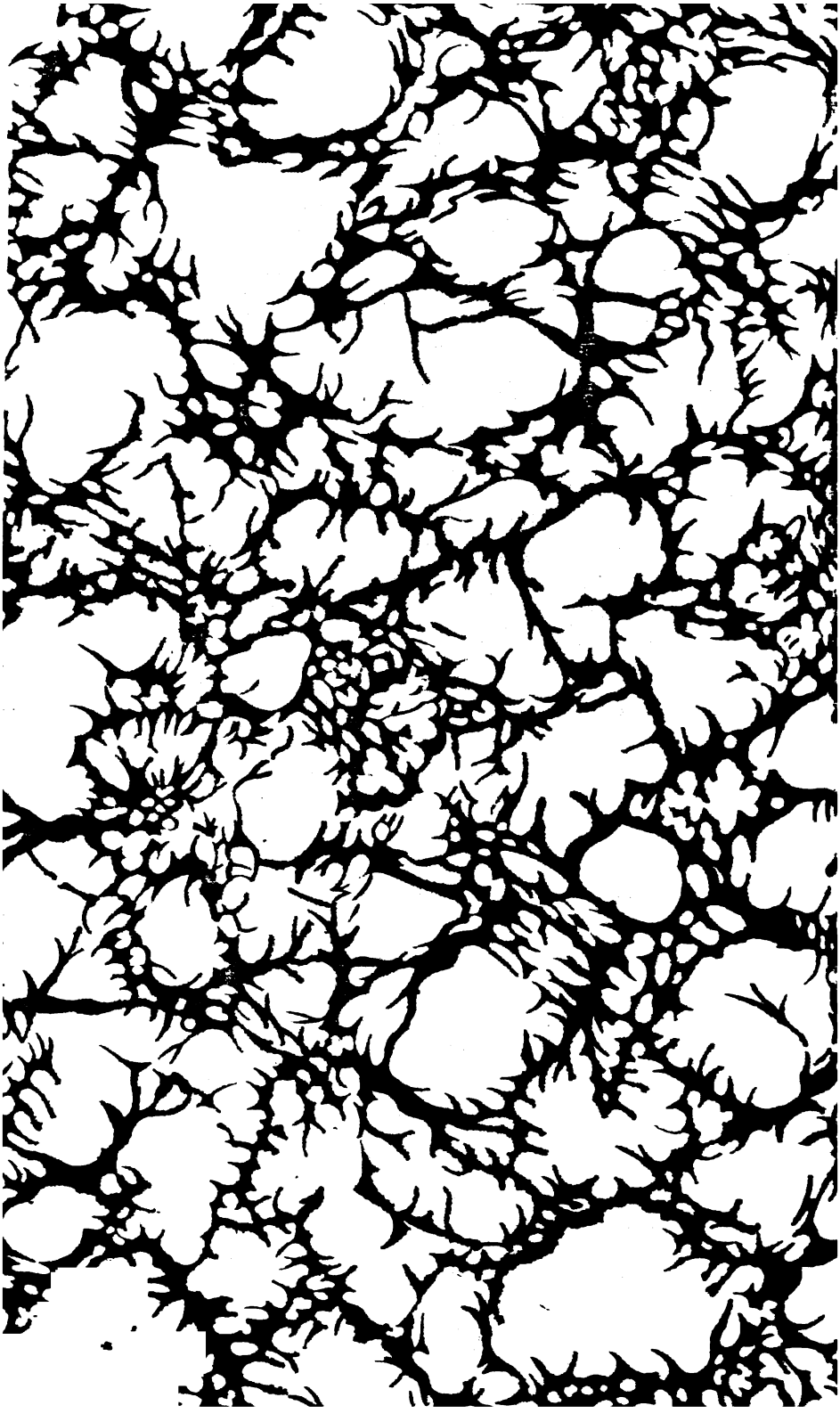
V. LOIS SPÉCIALES

Arrêt du Conseil, 24 sept. 1724 (marchés à terme)..... 47, 423, 424
Arrêt du Conseil, 29 sept. 1776 (loteries)..... 58
Arrêt du Conseil, 26 nov. 1781 (agents de change).... 423
Arrêt du Conseil, 7 août 1785 (marchés par différence)..... 47
Arrêt du Conseil, 22 sept. 1786 (*ibid.*)..... 47
Décret 6 mars 1791, art. 11 (certificats de vie)..... 350
L. 17 mars 1791 (agents de change)..... 423
L. 8 mai 1791 (marchés à terme)..... 48
L. 27 août 1792 (*ibid*)... 48

Numéros

Décret 13 fruct. an III (marchés à terme)..... 48
L. 28 vend. an IV (*ibid.*)..... 48, 59
L. 22 frimaire an VII, art. 29 (enregistrement)..... 710
Art. 31 (*id.*)..... 757
Art. 68, §1, n. 45 (*id.*)..... 1302, 1308
Art. 69, §2, n. 8 (*id.*)..... 919
L. 28 vent. an IX (agents de change)..... 423
Arrêté 27 prairial an X (agents de change)..... 423, 428
Arrêté 7 messidor an X, art. 15 (hospices)..... 1235
L. 25 vent. an X, art. 10 (notaires)..... 473
Art. 20 (*id.*)..... 350
Art. 68 (*id.*)..... 629
Arrêté consuls 21 frim. an XII (transaction des communes)... 1235
Décret 5 germinal an XII, art. 23 (contributions indirectes)... 1263
Décrets 21 août et 23 sept. 1806 (certificats de vie)..... 350
Décret 16 fév 1807 (honoraires des avoués)..... 729, 731
L. 5 sept. 1807, art. 2 et 4 (honoraires des avocats)..... 731
L. 21 avril 1810, art. 15 (mines)..... 924
Ord. 3 janv. 1821, art. 10 (contributions indirectes)..... 1263
Ord. 30 janv. 1822, art. 10 (douanes)..... 1263
L. 22 fév. 1829 (loterie)..... 59
L. 21 fév. 1832 (*ibid*)..... 59
L. 21 mai 1836 (*ibid.*)..... 55-63
Ord. 6 juin 1839 (certificats de vie)..... 350
Ord. 19 fév. 1843, art. 9 (postes)..... 1263
L. 4 juin 1859 (postes)..... 1236, 1263
L. 18 juill. 1859 (forêts)..... 1236, 1263
L. 22 juill. 1867 (contrainte par corps)..... 1310
L. 24 juill. 1867, art. 22 (sociétés)..... 809, 819
Art. 41 (*ibid.*)..... 819
Art. 44 (*ibid.*)..... 612
Art. 69 (*ibid*)..... 466
L. 10 août 1871, art. 66, n. 16 (conseils généraux)..... 1235
L. 15 juin 1872, art. 12 (perte de titres au porteur)..... 894
L. 5 avril 1884, art. 68, n. 4 (loi municipale)..... 1235
L. 28 mars 1885. art. 1 (marchés à terme)..... 53
Art. 2 (marchés par différence)..... 50-54, 145, 446
L. 20 juill. 1886, art. 8 (caisses de retraites pour la vieillesse). 311
L. 4 mars 1889, art. 7 (liquidation judiciaire)..... 1239
L. 27 déc. 1890 (révocation des louages de services)..... 812, 814
L. 2 juin 1891 (paris aux courses)..... 43, 44
L. 28 avril 1893, art. 28 (budget)..... 52
L. 9 avril 1898, art. 3 (responsabilité des accidents du travail). 188
Décret 25 août 1898 (honoraires des notaires)..... 730

Mayenne, Imprimerie Ch. COLIN



Stanford Law Library
3 6105 062 550 897